Gesetzesbegriff und Souveränitätsgedanke in der Weimarer Verfassung unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Vereinigten Friedrichs-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Otto Weidner

Gerichtsassessor in Halle a. S.

Berichterstatter: Professor Dr. Bilfinger

Halle a. S. 1932

M. & H. MARCUS VERLAG / BRESLAU

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck von C. Schulze & Co., G. m. b. H., Gräfenhainichen.

Meinen Eltern

Es ist mir ein wahrhaftes Bedürfnis, an dieser Stelle

Herrn Professor Dr. Bilfinger

meinen aufrichtigen Dank für die Wahl des Themas und die Unterstützung bei seiner Ausarbeitung zu sagen.

Dieser Druck ist ein Auszug aus einer größeren Abhandlung

„Der Grundsatz der Gewaltenteilung und die Weimarer Verfassung"

erschienen als Heft 47 der Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht Verlag von M. & H. Marcus, Breslau mit folgendem Inhalt:

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Teil I. Begriff der Gewaltenteilung und Beitrag zu ihrer Geschichte.

§ 2. Zur Geschichte des Gedankens der Gewaltenteilung 4
I. Antike 4
1. Gewaltenunterscheidung 4
2. Gemischte Staatsform 7
3. Fehlen der liberalen Tendenz 11
II. Beginn der Neuzeit 12
§ 3. Montesquieus Lehre im allgemeinen 16
§ 4. Die Gewaltenunterscheidung 18
I. Gesetz 18
II. Vollziehung 20
III. Rechtsprechung 23
§ 5. Gewaltentrennung und Gewaltengleichgewicht . . 24
I. Gewaltentrennung 24
II. Gewaltengleichgewicht 27
§ 6. Einfluß Montesquieus auf die französischen Revolutionsverfassungen 35
I. Verfassung vom 3. September 1791 35
1. Prinzip der Gewaltenteilung 35
2. Gewaltenunterscheidung 36
3. Gewaltentrennung 43
4. Gewaltengleichgewicht 46
II. Konventsverfassung 47
III. Direktorialverfassung 49
IV. Konsularverfassung 50
§ 7. Das Verhältnis der Charte vom 4. Juni 1814 und des beginnenden deutschen Konstitutionalismus zu der von Montesquieu propagierten Idee 54
I. Die Charte 54
II. Beginn des deutschen Konstitutionalismus . . 61

Teil II. Anerkennung des Grundsatzes der Gewaltenteilung durch die Weimarer Verfassung.

§ 8. Vorbemerkung 70

Abschnitt A. Die richterliche Gewalt.

Kap. 1. § 9. Richterliche Gewalt und politische Gewalten im allmeinen 72

Seite

Kap. 2. Richterliche Gewalt und politische Gewalten im einzelnen 74
§ 10. Richterliche Gewalt und Exekutive 74
I. Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt . . . 74
1. Sachliche Unabhängigkeit 75
2. Persönliche Unabhängigkeit 77
a) Einschränkungen der Organisationsgewalt der Exekutive 78
b) Einschränkungen der Dienstgewalt der Exekutive 79
II. Zuständigkeitsgrenze zwischen richterlicher und exekutiver Gewalt 80
§ 11. Richterliche Gewalt und Legislative 85
I. Verhältnis der Legislative zur richterlichen Gewalt 85
1. Die Legislative in ihrer nicht gesetzgeberischen Funktion und die richterliche Gewalt 85
2. Die Legislative als Gesetzgeber und die richterliche Gewalt 87
II. Verhältnis der richterlichen Gewalt zur Legislative 88

Abschnitt B. Unterscheidung der Gewalten Exekutive und Legislative.

Kap. 3. § 12. Zuständigkeit der Exekutive 92
Kap. 4. Zuständigkeit der Legislative 95
§ 13. Zuständigkeit der Legislative-Spezialklauseln . . . 95
§ 14. Zuständigkeit der Legislative-Generalklausel: Der materielle Gesetzesbegriff 100

Abschnitt C. Voraussetzung des Gleichgewichtes zwischen Exekutive und Legislative: Verneinung der Souveränität einer jeden der beiden Gewalten.

Begriffliche Vorbemerkung 119
Kap. 5. Souveränität der Legislative 120
§ 15. Die Frage der Souveränität der gesetzgebenden Gewalt im allgemeinen 120
I. Die Fragestellung 120
II. Exkurs: Stellungnahme des Konstitutionalismus zur Frage der Souveränität der gesetzgebenden Gewalt 122
1. Montesquieu 122
2. Rousseau 123
3. Sieyès 125
III. Art der Begrenzung der nach Art. 76 verfahrenden Legislative 126
§ 16. Souveränität des Volkes als Gesetzgeber? 128
Kap. 6. § 17. Souveränität der Exekutive? 130

Seite

Abschnitt D. Gleichgewicht zwischen Exekutive und Legislative.

§ 18. Vorbemerkung 132
I. Unabhängigkeit der Legislative von der Exekutive 132
II. Gleichgewicht nur möglich zwischen Legislative und Exekutive als Regierung, nicht als Verwaltung 132

Kap. 7. Die plebiszitäre Regierung 133
§ 19. Stellung des Reichspräsidenten im Gleichgewichtssystem im allgemeinen 133
§ 20. Kabinettsbildung und Reichstagsauflösung 137
I. Recht der Kabinettsbildung 137
II. Auflösung des Reichstages 141

Kap. 8. Die parlamentarische Regierung 143
§ 21. Parlamentarismus und Gewaltenteilung 143
I. Das Problem 143
II. Englische Auffassung des Parlamentarismus . 146
III. Sinn des Parlamentarismus nach der Weimarer Verfassung. Vereinbarkeit von Parlamentarismus und Gewaltenteilung 148
§ 22. Leitung der Regierung auch auf den beiden wichtigsten politischen Gebieten der auswärtigen und der Finanzgewalt 153
I. Die außenpolitischen Gesetze 154
II. Die finanziellen Gesetze, insbesondere das Haushaltsgesetz 155
§ 23. Kontrolle der Regierung durch den Reichstag . . 157
§ 24. Organisation und Verfahren der Gesetzgebung im Hinblick auf die Gewaltenteilung 161
I. Die ordentliche Gesetzgebung 162
1. Negierung des Zweikammersystems durch die Weimarer Verfassung 162
2. Kein absolutes Veto der Exekutive 168
3. Leitung der Exekutive auch im Gesetzgebungsverfahren: Die Initiative 171
II. Die Volksgesetzgebung 173

Abschnitt E. Sicherung der Gewaltenteilung

Kap. 9. § 25. Sicherung der Gewalten untereinander mit Ausnahme der Sicherung gegenüber der gesetzgebenden Gewalt 177
§ 26. Sicherung der Gewaltenteilung gegenüber der gesetzgebenden Gewalt 178
§ 27. Schluß. Gewaltenteilung und Pouvoir constituant 183

Schrifttum 186

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544704_0010

§ 1. Einleitung.

Der Kampf der beiden Prinzipien Volkssouveränität und Gewaltenteilung hat zur Zeit der französischen Revolution die Art moderner politischer Organisationsform vornehmlich bestimmt. Es ist nicht übertrieben, darüber hinaus zu sagen, daß die Verschlingungen der beiden Grundthemen Souveränität und Gewaltenteilung und ihr Kampf um die Präponderanz den hauptsächlichen Gegenstand alles Verfassungslebens bilden. In diesem Zusammenhang erhält der bekannte Satz im Art. 16 der Erklärung der Menschenrechte[1]) eine neue, über seinen ursprünglich rein liberalen Sinn hinausgehende Bedeutung.

Daß die Weimarer Verfassung auf dem Grundsatz der Trennung der Gewalten beruht, hat die Reichsregierung in ihrer Erklärung vom 25. November 1929 ausgesprochen, mit der sie zu dem Volksbegehren auf Erlaß eines „Gesetzes gegen die Versklavung des deutschen Volkes[2])" Stellung nahm. Die Erklärung lautet: „Das Volksbegehren macht den Versuch, die Linien der deutschen Außenpolitik für die Zukunft in weitem Umfang durch ein Reichsgesetz festzulegen. Ein derartiger Eingriff in die Handlungsfreiheit der Reichsregierung ist schon an sich ein Beginnen, das mit einer gedeihlichen Führung der Staatsgeschäfte unvereinbar ist." Es werden dann die Bedenken, die gegen den Inhalt der einzelnen Bestimmungen obwalten, ausgesprochen. Weiter heißt es: „Der Gesetzentwurf ist verfassungsändernd. Die Bestimmung des § 1 verpflichtet die Reichsregierung, den auswärtigen Mächten in feierlicher Form Kenntnis davon zu geben, daß das erzwungene Kriegsschuldanerkenntnis des Versailler Vertrages völkerrechtlich unverbindlich ist. Damit wird die Reichsregierung beauftragt, eine völkerrechtlich rechtserhebliche Erklärung für das Reich abzugeben. Das steht

---

[1]) Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.

[2]) Entwurf des sogenannten „Freiheitsgesetzes".

im Widerspruch mit Art. 45 der Reichsverfassung, nach dem der Reichspräsident das Reich völkerrechtlich vertritt und somit ausschließlich befugt ist, völkerrechtliche Erklärungen für das Reich abzugeben. Der Entwurf enthält Eingriffe der Gesetzgebung in die auswärtige Politik. Damit steht er in Widerspruch zu dem Grundsatz der Trennung der Gewalten, auf dem die Reichsverfassung beruht[1]). Nach der Verfassung ist es Sache des Reichspräsidenten, völkerrechtliche Akte vorzunehmen (Art. 45 der Reichsverfassung) und Sache des Reichskanzlers, die Richtlinien der Politik zu bestimmen (Art. 56). Nach dem Entwurf soll die Gesetzgebung die Initiative für einen den auswärtigen Mächten gegenüber namens des Reichs vorzunehmenden völkerrechtlichen Akt ergreifen (§ 1), soll Richtlinien für die Reichspolitik aufstellen (§ 2) und soll die Initiative der berufenen Organe in bestimmter Hinsicht ausschließen (§§ 3 und 4). Zur Annahme des Gesetzes durch Volksentscheid ist demnach gemäß Art. 76, Abs. 1, S. 4 der Reichsverfassung die Zustimmung der Mehrheit der Stimmberechtigten erforderlich."

Vorher hatte bereits Anschütz in der Frankfurter Zeitung vom 13. November 1929[2]) den gleichen Standpunkt vertreten. Er sprach ausdrücklich von dem die Reichsverfassung beherrschenden Grundsatz der Gewaltenteilung. Im Heft 49/50 — 7. bis 14. Dezember 1929 — der Juristischen Wochenschrift[3]) wurde diese Auffassung dann noch einmal, gleichermaßen offiziös, vom Ministerialdirektor Poetzsch-Heffter bestätigt. In der Presse sprach man bald von dem Grundsatz der Gewaltenteilung in der Reichsverfassung als von etwas ganz Selbstverständlichem. Es hieß da zum Beispiel[4]) „bei vollster Berücksichtigung des Prinzips der Teilung der Gewalten" usw.

Die Weimarer Verfassung scheint auf den ersten Blick diese Auffassung ohne weiteres zu bestätigen. Die Überschriften der Abschnitte 4, 5, 6 der Reichsverfassung weisen ganz deutlich

[1]) Sperrschrift vom Verfasser.

[2]) Staatsrechtliche Betrachtungen zum Volksbegehren. Nr. 847/1929 1. Morgenblatt. — Noch früher hatten C. Bilfinger Reichssparkommissar S. 27 und C. Schmitt s. V. L. S. 23—24, 182ff., 187ff. betont, daß die Weimarer Verfassung, wie jede rechtsstaatliche, die Gewaltenteilung zum Konstruktionsprinzip habe.

[3]) 1929, 58. Jahrgang, S. 3364.

[4]) DAZ. R.Ausg. v. 12. 2. 1930, 69. Jahrg. Nr. 69/70.

auf die bekannte Dreiteilung hin. Denkt man aber an den lebhaften Streit, ob der Gesetzesbegriff der Weimarer Verfassung auch den Einzelakt umfaßt und vor allem daran, daß das von der Weimarer Verfassung angenommene parlamentarische System nach immer wiederholter Behauptung[1]) die Überwindung der Gewaltenteilung zugunsten eines Gewaltenmonismus bedeuten soll, so wird doch klar, daß die Frage, ob die Weimarer Verfassung den Grundastz der Gewaltenteilung anerkannt hat, eingehender Untersuchung bedarf.

Als Ergebnis solcher Untersuchung kann allerdings nicht erwartet werden, den Grundsatz der Gewaltenteilung in irgendeiner verfassungsgesetzlichen Bestimmung niedergelegt zu finden. Es ist das sogar von vornherein unwahrscheinlich. Die für das Gesetz typische Verknüpfung eines Tatbestandes mit einer Rechtsfolge fehlt hier. Handelt es sich doch um einen Grundsatz, dessen Übernahme oder Leugnung lediglich von verfassungsgesetzlichen Bestimmungen abgelesen zu werden vermag. Es kann dabei zunächst nur darauf ankommen — und nur damit beschäftigen sich die folgenden Erörterungen —, ob die Weimarer Verfassung den Grundsatz der Gewaltenteilung angenommen hat. Die Durchführung dieses Grundsatzes im einzelnen darzustellen, ist nicht beabsichtigt, weder durch Beschreibung der hierher gehörigen gesetzlichen Einzelheiten, noch durch Darstellung der einzelnen Folgerungen, die sich aus dem Grundsatz ergeben.

§ 2. Vorbemerkung.

I. Unter der Weimarer Verfassung wird das System von Rechtsnormen verstanden, das seine Besonderheit und seine Einheit findet in dem Gegenstand seiner Regelung: der heutigen Gemeinschaft der Deutschen in der Macht, ihrer politischen Einheit, dem Reich.

Bei keiner Untersuchung ist mehr Veranlassung, auf die Wahl des normativen Verfassungsbegriffs[2]) im Gegensatz zum

[1]) Siehe z. B. Thoma, Sinn und Gestaltung des deutschen Parlamentarismus in Recht und Staat im Neuen Deutschland S. 100ff.

[2]) Nicht eines normativen Staatsbegriffs! Das ist ein bedeutender Unterschied. — Für eine Auffassung, der die Staatsgewalt nur Geltung einer Rechtsordnung ist, die ihren Geltungsgrund voraussetzungsgemäß in

existentiellen als Ausgangspunkt hinzuweisen, als in der vorliegenden. Denn das Gewaltengleichgewicht, das den Kern der Gewaltenteilung ausmacht, ist etwas Existentielles. Es muß daher von vornherein betont werden, daß hier nicht untersucht werden kann, ob dieses Gleichgewicht tatsächlich — man könnte dann übrigens nur sagen, zur Zeit besteht, sondern ob es sein soll, genauer gesagt, ob das Recht die Möglichkeit für seinen Eintritt schafft. Denn mehr zu tun, ist für das Recht unmöglich. Es ist notwendig potentiell. Ob die zur Verfügung gestellten Potenzen wirklich ausgenutzt werden, das liegt jenseits seiner Grenzen. Wenn daher eine Exekutive oder Legislative in irgendeinem Fall wegen Unfähigkeit ausfällt, und infolgedessen naturgemäß die andere Gewalt die Funktion der ausgeschiedenen übernimmt — da es nirgendwo so wenig einen luftleeren Raum geben kann wie im staatlichen Leben —, so ist damit noch nicht gesagt, daß es in der Verfassung eines solchen Staates keine Gewaltenteilung gäbe, den Verfassungsbegriff im normativen, nicht im existenziellen Sinne genommen! Allerdings darf nicht vergessen werden, daß auf keinem Feld Existenzielles und Normatives sich derart innig berühren, wie auf dem des Staates. So ist es z. B. durchaus möglich, daß infolge der vorhin ange-

---

sich selbst trägt (vgl. Kelsen, Allgemeine Staatslehre 1925, S. 96f., 103), muß der Gedanke der Teilung der Staatsgewalt ein Widersinn sein (so denn auch Kelsen, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates in Kantfestschrift des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie = Bd. 17, Heft 3, S. 374ff., 375), denn normative Geltung läßt sich selbstverständlich nicht „teilen". — Eine Unterscheidung von Staatsgewalten kann für eine derartige Ansicht nur in einer Unterscheidung von Rechtsnormen bestehen. Und zwar bietet sich für die auf den Unterschied von Gesetzgebung und Vollziehung eingestellte Blickrichtung von selbst die Unterscheidung in generelle und individuelle Rechtsnomen dar (wobei ich hier von der Untersuchung der Frage absehe, ob es richtig ist, noch von individuellen „Normen" zu sprechen, oder ob nicht vielmehr die individuelle „Norm" ein Befehl ist). Dabei muß notwendig darauf hingewiesen werden, daß es sich in Wahrheit um eine längere Stufenreihe von der generellen Norm bis hinunter zu immer „individuelleren" handelt, wobei die eine Norm dann stets im Verhältnis zur übergeordneten (der Geltung nach übergeordneten!) die individuelle, im Verhältnis zur untergeordneten die generelle ist. Die Unterscheidung wird also relativiert, nur an den Endpunkten steht die rein generelle und die rein individuelle Norm. Vgl. zu dem Vorstehenden den zit. Aufsatz von Kelsen in der Kantfestschrift des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie besonders S. 377ff.

nommenen tatsächlichen staatlichen Situation (Ausfall einer der beiden politischen Gewalten) eine Änderung auch in der Auffassung von dem eintritt, was im staatlichen Leben sein soll, hier also z. B., daß eine Gewaltenteilung grundsätzlich nicht mehr sein soll. Solche unbeabsichtigte Veränderung der Verfassung im normativen Sinn, vornehmlich durch Tatsachen, ist ja längst erkannt und begrifflich durch G. Jellinek[1]) klargestellt worden. Sie ist möglich, nicht aber in einem jeden derartigen Fall, wie dem genannten, nötig. Gerade ihre Möglichkeit zwingt dazu, sich die begrifflichen Unterschiede besonders klar zu halten.

II. Die Weimarer Verfassung ist verstanden als die Normierung der heutigen deutschen politischen Einheit an sich, d. h. ihrer Bildung (Organisation), ihrer grundsätzlichen Zielbestimmung und Grenzsetzung. Es handelt sich also nicht um die Regelung der konkreten Einzelbetätigungen des Reiches und seiner Länder, die das Verwaltungsrecht ausmacht. Es ist vom Grundsatz der Gewaltenteilung zu sprechen, nicht von seiner verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung im einzelnen, die seine Konstituierung durch die Verfassung bereits voraussetzt. Darüber muß man sich allerdings klar sein, daß die Verfassung, von der hier ausgegangen wird, nicht mit der Verfassungsurkunde vom 11. August 1919 oder genauer gesagt, mit dem in ihr beurkundeten Recht identisch ist (wie ja z. B. der Rechtssatz Art. Art. 129, Abs. 3, S. 3 unzweifelhaft dem Verwaltungsrecht angehört), wenn sich auch die heutige deutsche Reichsverfassung tatsächlich weitgehend mit der Weimarer Verfassungsurkunde deckt. Aber es hat natürlich z. B. der Rechtssatz von der Unabhängigkeit der Gerichte zur deutschen Verfassung in dem entwickelten Sinn auch schon gehört, als er noch nicht in eine Verfassungsurkunde einverleibt und mit den Garantien des formellen Verfassungsrechtes umkleidet war.

---

[1]) Verfassungsänderung und Verfassungswandlung S. 3.

Teil I.

Unterscheidung der Gewalten Exekutive und Legislative.

Kapitel 1.

§ 3. Zuständigkeit der Exekutive.

Daß die Regierung und Verwaltung gegenüber der gesetzgebenden Gewalt nach dem Willen der Verfassung grundsätzlich auf das Gebiet beschränkt ist, welches Montesquieu der vollziehenden Gewalt zuweist, geht aus Art. 77, Satz 1 der Reichsverfassung hervor. Die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung[1]) zeigt ganz deutlich, daß man den Ausdruck „allgemeine Verwaltungsvorschriften" im Art. 77, Satz 1 absichtlich wählte, um lediglich die allein die Behörden[2]) bindenden allgemeinen Anordnungen in die grundsätzliche Zuständigkeit der Regierung zu verweisen. Es sollte damit gleichzeitig zum Ausdruck kommen, daß die Legislative zum Erlaß allgemeiner Anordnungen, die auch Dritte verpflichten[3]), prinzipiell allein zuständig ist, mit Ausnahme der beiden eng begrenzten allgemeinen Rechtssetzungsbefugnisse, die die Reichsverfassung der Reichsregierung auf dem Gebiete des Postwesens[4]) und des

---

[1]) Vgl. die von Anschütz RV., 11. Aufl., Anm. 1a zu Art. 77 zit. Stellen der Verfassungsprotokolle.

[2]) Worunter man offensichtlich nur die Verwaltungsbehörden, nicht auch die Gerichte, verstand.

[3]) Siehe die erläuternde Bemerkung Kahls, Verfassungsprotokolle, S. 169.

[4]) Wenigstens ursprünglich — Art. 88, Abs. 3 ist ja jetzt formell aufgehoben und ersetzt durch § 2, Abs. 2 Reichspostfinanzgesetz.

Eisenbahnwesens gewährt[1])[2]). Daß dadurch die Grenze zwischen Legislative und Exekutive auf dem Gebiet der allgemeinen Anordnung noch nicht völlig eindeutig gezogen ist, zeigt der Streit über die Frage, ob die Legislative oder die Exekutive grundsätzlich zum Erlaß von Organisationsverordnungen zuständig ist[3]). Die Unbestimmtheit der Grenzziehung ist in diesem Punkt jedoch von nur noch geringfügiger praktischer Bedeutung[4]), in erster Linie, weil das Streitfeld infolge des ja in völlig unbestrittener Herrschaft stehenden Verfassungsgrundsatzes des Vorranges des Gesetzes gerade im Reichsrecht bereits sehr eingeengt ist[5]) und immer noch weiter verkleinert wird.

Anlaß zu Bedenken geben vom Standpunkt der Gewaltenteilung aus nur noch die sogenannten Delegationsverordnungen, über die die Weimarer Verfassung keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält. In Frage stehen hier die Durchführungsverordnungen und -bestimmungen[6]) und die Ermächtigungsverordnungen. Es handelt sich ja nur um eine sogenannte Delegation, da der Gesetzgeber sich seines Rechtes, die in Frage kommenden Gebiete gesetzgeberisch zu regeln, nicht entäußert hat. Aber auch die bloße der Exekutive erteilte Ermächtigung zu Rechtsverordnungen bedeutet fraglos einen Verstoß gegen den Wortlaut des Satzes von der Gewaltenteilung. Und es ist allgemein bekannt, wie skeptisch man daher auch im früheren deutschen konstitutionellen Leben

---

[1]) Auch das Verordnungsrecht der Reichsregierung auf dem Gebiet des Eisenbahnwesens hat durch die Regelung des Reichsbahngesetzes seine praktische Bedeutung zum größten Teil eingebüßt.

[2]) So denn auch einhellig die Theorie, vgl. die bei Anschütz, Ziff. 2 zu Art. 77, Zit. mit alleiniger Ausnahme Arndts Reichsverfassung, 3. Aufl., S. 216ff., der die Entstehungsgeschichte unzutreffend wertet.

[3]) Siehe Anschütz, RV., 11. Aufl., S. 274, Anm. 4 zu Art. 53 einerseits und Lutz Richter, Die Organisationsgewalt, Leipzig 1926 andererseits.

[4]) Wie von Richter a. a. O. S. 10, 16 auch selbst zugegeben wird.

[5]) Fast die gesamte reichseigene Verwaltung — Finanzverwaltung, Versorgungs-, Arbeitsverwaltung — siehe Richter a. a. O. S. 18 — ist bereits gesetzlich durchorganisiert mit Ausnahme allerdings der Reichsministerien selbst, siehe aber auch hier jetzt § 5 des Reichsministergesetzes.

[6]) Früher sicherlich auch die Ausführungsverordnungen. Siehe dazu Bilfinger im Handbuch des Deutschen Staatsrechtes, Bd. 1, S. 560 und Bühler in Festgabe für OVG., S. 29ff., besonders S. 16f.

bishin auf Rönne gegen die Zulässigkeit aller derartiger Ermächtigungsverordnungen im weiteren Sinne war, und wie man sie heute noch in den Vereinigten Staaten, dem Lande wortgetreuer Befolgung der Lehre Montesquieus, ablehnt. Man wird dadurch zu gekünstelten Rechtfertigungen von Rechtsverordnungen gezwungen, die sich nun einmal doch nicht umgehen lassen[1]). Aber auch in England hat man sich erst spät zur Einräumung eines derartigen Verordnungsrechtes der vollziehenden Gewalt entschlossen und sie dann streng auf Ausführungs- und Durchführungsverordnungen beschränkt[2]). In der Tat kommt hier für die Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen den Sinn der Gewaltenteilung vorliegt, alles auf Maß und Art der Ermächtigungen an. Sehr gut hat die Schweiz, wie Triepel[3]) hervorgehoben hat, die Grenze bezeichnet, wenn nach ihrem Recht Ermächtigungen nur dort statthaft sind, „wo die Bundesversammlung nicht selbst die gleichen Resultate auf dem Wege der Gesetzgebung oder Beschlußfassung erreichen kann". Damit ist richtigerweise klargestellt, daß es technische Nötigung sein muß, die diese Ermächtigungen erzwingt. Die Entlastung des Gesetzgebers vom technischen Detail der Ausführung und Durchführung kann geradezu im Sinn der Gewaltenteilung, die ein möglichst gutes Funktionieren auch der gesetzgebenden Gewalt anstrebt, geboten sein, und das gleiche kann auch gelten für die Ermächtigung zu rechtssatzmäßiger Regelung auf einem begrenzten Einzelgebiet. Man braucht gar nicht erst ein Gewohnheitsrecht zur Rechtfertigung dieser Ermächtigungsverordnungen anzunehmen[4]), es ergibt sich das vielmehr schon aus dem Sinn der Gewaltenteilung, und Verfassungsausschuß wie Plenum hatten daher ganz das richtige Gefühl, wenn sie von Rechtsverordnungen als Ausführungs- und Durchführungsverordnungen und von solchen auf Grund von Spezialermächtigungen als von etwas Selbstverständlichem sprachen[5]). — Als unzulässig im Sinn der

---

[1]) Siehe Triepel, Verhandlungen des 32. deutschen Juristentages Drucksachen, Bd. 2, S. 21/22.

[2]) Siehe Triepel a. a. O. S. 30.

[3]) Siehe Triepel a. a. O. S. 24.

[4]) Siehe Poetzsch in Verhandlungen des 32. deutschen Juristentages Bd. 2, S. 35f.

[5]) Siehe Triepel a. a. O. S. 18.

Gewaltenteilung müssen aber die Generalermächtigungen angesehen werden, wie wir sie von den Ermächtigungsgesetzen der Jahre 1920—1923 her kennen. Soweit hier sachliche Not vorliegt, ist der Weg durch Art. 48 Reichsverfassung gewiesen[1]).

Eine echte Ausnahme vom Grundsatz der Gewaltenunterscheidung zugunsten der Exekutive bedeutet die Diktatur des Reichspräsidenten gemäß Art. 48, Absatz 2 Reichsverfassung. C. Schmitt hat immer wieder gezeigt, wie nur eine normale Lage Normen, generelle Regeln aller Art ermöglicht[2]). Der Unterschied von Gesetz und Einzelakt, jedenfalls anordnendem Einzelakt, muß also in der anormalen Situation der sachlichen Not, die Voraussetzung für die Anwendung des Art. 48, Absatz 2 ist, hinfallen. Die Gewaltenunterscheidung zwischen gesetzgebender und vollziehender Gewalt verschwindet. Der Begriff, der dies deutlich macht, ist die Maßnahme[3]). Darüber, daß trotzdem der Grundsatz der Gewaltenteilung noch gewahrt ist, wird noch im Zusammenhang der Untersuchung über das Gewaltengleichgewicht zwischen Exekutive und Legislative gesprochen werden.

Kapitel 2.

Zuständigkeit der Legislative.

§ 4. Zuständigkeit der Legislative — Spezialklauseln.

Ausdrückliche Bestimmungen über die Zuständigkeit der gesetzgebenden Gewalt finden sich in der Reichsverfassung nur in sehr geringer Zahl.

---

[1]) So auch Preuß, Deutsche Juristenzeitung 1924, Spalte 653.

[2]) Siehe Soziologie des Souveränitätsbegriffs und politische Theologie in Hauptprobleme der Soziologie, Erinnerungsgabe für Max Weber II, S. 9. Dieser Gedanke durchzieht sein ganzes Werk Diktatur 1921 und seinen Vortrag vor der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer über die Diktatur des Reichspräsidenten, siehe Veröffentlichungen dieser Vereinigung, Heft 4, S. 63ff. Er ist von ihm auf der Jubiläums-Generalversammlung der Kantgesellschaft im Mai 1929 in Halle erneut hervorgehoben worden, siehe Kant-Studien 35, Heft 1, S. 32, Abschn. III gegen Ende.

[3]) Sieht man genau zu, so erkennt man, daß die gesamte Gewaltenunterscheidung im Ausnahmezustand in Wegfall gekommen ist. Denn

Der umfangreiche, in den Art. 6ff. RV. aufgestellte Katalog von Zuständigkeiten für die Reichsgesetzgebung[1]) dient der Festlegung der Grenzen zwischen Reichs- und Ländergewalt, nicht aber zwischen den Gewalten im Reich selbst. So war es bei Entstehung der Verfassung beabsichtigt[2]), und diese Absicht ist auch durch das Verfassungsgesetz zum Ausdruck gebracht worden. Das geschah einmal durch die systematische Stellung dieser Artikel in dem von dem Verhältnis von Reich und Ländern grundsätzlich handelnden ersten Abschnitt des ersten Teiles der Reichsverfassung, zum anderen durch die ausdrückliche Hervorhebung der Fälle — Art. 10, 11 — in denen ausnahmsweise gleichzeitig auch eine besondere Zuständigkeit der Legislative im Gegensatz zur Exekutive durch die Formel „im Wege der Gesetzgebung" festgelegt werden sollte[3]).

Die zahlreichen Bestimmungen, in denen der Verfassungsgesetzgeber die nähere Regelung ausdrücklich dem oder einem bestimmt genannten Gesetz überläßt[4]), haben nicht die Zuständigkeitsabgrenzung der Legislative von den anderen Gewalten zu ihrem Inhalt. Hier ist vielmehr in erster Linie beabsichtigt, den einfachen Gesetzgeber im Gegensatz zum Verfassungsgesetzgeber in gewissen Verfassungsmaterien für kompetent zu erklären und vor allem so auch die Abänderungsmöglichkeit durch einfaches Gesetz offen zu halten[5]), daneben soll auch in manchen Fällen die Zuständigkeit des Reiches zur Regelung betont werden.

Auch der „Vorbehalt" des Gesetzes hat entgegen dem Wortlaut gar nicht den Sinn, der Legislative ein Gebiet vor-

auch die Gerichte, die auf Grund von Maßnahmen Recht sprechen, üben keine wahrhaft richterliche Tätigkeit im Sinne des Funktionensystems der Gewaltenteilung aus.

[1]) Zu dem genauere Bestimmung zu treffen, auch allein der Sinn der Art. 79, Satz 2 und 110, Abs. 1, S. 1 ist.

[2]) Vgl. Reichsminister Preuß in Protokollen des Verfassungsausschusses, S. 283.

[3]) Vgl. Protokolle des Verfassungsausschusses, S. 62, Poetzsch-Heffter, Handkommentar der RV., 3. Aufl., S. 117, Ziff. 2.

[4]) Art. 13, Abs. 2; 15, Abs. 2; 22, Abs. 2; 40; 41, Abs. 3; 48, Abs. 5; 59, Abs. 3; 73, Abs. 5; 86, Abs. 2; 106, Abs. 2; 108; 129, Abs. 4, S. 2; 130, Abs. 3; 131, Abs. 2; 163, Abs. 2, S. 3.

[5]) Siehe Jacobi, Verfassungsänderung in Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, Bd. I, S. 239 und dort Anm. 12.

zubehalten, in das die Exekutive nicht eindringen darf, sondern den Eingriff der Exekutive, zu dem diese sonst, nachdem man einmal das betreffende Grundrechtsgebiet der Staatsgewalt überhaupt geöffnet hatte, ohne weitere Voraussetzung befugt gewesen wäre, ausnahmsweise an besondere von der Legislative aufzustellende Voraussetzungen zu binden[1]). Daß sie dies in der Weise ihrer Kompetenz tut, wird dabei, da nichts besonderes gesagt ist, als das Natürliche vorausgesetzt sein.

Das gleiche gilt von dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Auch dieser Grundsatz zielt nicht darauf ab, auf dem Gebiete der Verwaltungsakte die Zuständigkeiten von Legislative und Exekutive derart abzugrenzen, daß die Legislative für die Eingriffe in Freiheit und Eigentum — diese Begriffe im weitesten Sinne genommen — grundsätzlich zuständig sei, sondern es ist beabsichtigt, der Exekutive nur unter Bedingungen ihr Vorgehen gegen Freiheit und Eigentum zu gestatten, die die Legislative festlegt. Hier steht noch ganz dahin, ob diese das nicht nur in der ihrer Zuständigkeit entsprechenden Art tun darf. Eben dasselbe ist zu sagen von den Verweisungen auf das Gesetz in den Grundpflichten, die ja lediglich eine selbstverständliche Wiederholung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedeuten, und in den Institutionsgarantien[2]), bei denen es sich nur um einen Ausbau jenes ursprünglich nur auf den einzelnen im allgemeinen Gewaltverhältnis gemünzten Grundsatzes zugunsten bestimmter Institutionen (Selbstverwaltung, Gerichte — 7. Abschnitt des ersten Hauptteils — Beamtentum) handelt.

Lediglich die bereits erwähnte[3]) Bestimmung des Art. 77, Satz 1 gibt wenigstens darüber Aufschluß, daß die Aufstellung allgemeiner und allgemein verbindlicher Regeln, also das, was nach Montesquieu das Feld der gesetzgebenden Gewalt ausmacht, zur grundsätzlichen Zuständigkeit des Gesetzgebers gehören soll. Aber gerade auf die uns hier interessierende Frage, ob darüber hinaus die Legislative im Gegensatz zu Montesquieu auch zum Einzelakt zuständig ist, erteilen unsere Verfassungsbestimmungen keine ausdrückliche Antwort.

---

[1]) O. Mayer, Archiv für öffentliches Recht, Bd. 18, S. 101, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., S. 69.

[2]) Siehe diese Systematik: Grundrechte — Grundpflichten — Institutionsgarantien bei C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 170ff. [3]) S. 92.

Einzelne und zwar wichtige Einzelakte sind zwar ausdrücklich der gesetzgebenden Gewalt zugewiesen, so vor allem Kriegserklärung und Friedensschluß (Art. 45, Absatz 2), und ebenso wird man die Aufstellung des Haushaltsplans (Art. 85, Absatz 2) und die Anleihe- und Garantieermächtigungsgesetze des Art. 87, Absatz 2 hierher rechnen müssen. Auch die Regelung der Vertretung des Reichspräsidenten oder die einer vorläufigen Präsidentschaft für den Fall der Verhinderung des Reichspräsidenten oder einer vorzeitigen Erledigung der Präsidentschaft sind Einzelakte, für die gemäß Art. 51, Absatz 1, Satz 2, Absatz 2 die gesetzgebende Gewalt zuständig ist. Und schließlich kann auch der typische Einzelakt, die Enteignung selbst, nicht etwa nur die abstrakte Regelung ihrer Grundlagen, im Falle des Art. 156 durch Gesetz erfolgen[1]); auch das Reichsgesetz, kraft dessen das Reich eine Eisenbahn, die Ländergebiet durchschneidet, gegen deren Widerspruch anlegen darf (Art. 94, Absatz 2), ist hier zu nennen. Aber alle diese Bestimmungen tragen den Charakter von Ausnahmevorschriften so deutlich an sich, daß man daraus auf eine allgemeine Zuständigkeit der gesetzgebenden Gewalt zum Einzelakt nicht schließen kann, sondern eher auf das Gegenteil.

Auch aus der Reihe der Verfassungsbestimmungen, die dem Reichspräsidenten und der Reichsregierung ausdrücklich Zuständigkeiten zuweisen, läßt sich eine sichere Antwort auf unsere Frage nach der grundsätzlichen Stellung der gesetzgebenden Gewalt zum Einzelakt nicht gewinnen. Diese bedeutsame Reihe der Vorbehalte für Reichspräsident und Reichsregierung, Vorbehalte im echten Sinne des Wortes, hat zwar eine auffallende Ähnlichkeit mit der beschreibenden Definition, die Montesquieu im zweiten Abschnitt seines 6. Kapitels von der puissance exécutrice des choses, qui dépendent du droit des gens gibt. Wir finden da den Gesandtenempfang (Art. 45, Abs. 1, Satz 3), überhaupt grundsätzlich den gesamten rechtsgeschäftlichen (Art. 45, Abs. 1, Satz 2) wie sonstigen Verkehr mit dem Ausland, die völkerrechtliche Vertretung des Staats (Art. 45, Abs. 1, Satz 1) als Zuständigkeit des Reichspräsidenten wieder. Die Vorsorge gegenüber feind-

[1]) Siehe C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 144f.

lichen Einfällen ist dem Reichspräsidenten ebenfalls anvertraut, wie das ihm ausdrücklich übertragene Befehlsrecht über die gesamte Wehrmacht zeigt (Art. 47); und der Gedanke an Art. 48 kommt wohl jedem Leser der Bemerkung Montesquieus, daß die Aufrechterhaltung der Sicherheit eine Aufgabe der vollziehenden Gewalt sei. Das Ernennungsrecht, das unsere Verfassung im Art. 46 dem Reichspräsidenten noch besonders vorbehält, zählt Montesquieu nicht ausdrücklich als eine Befugnis seines Inhabers der vollziehenden Gewalt auf, aber offensichtlich nur, weil sie ihm ganz selbstverständlich ist. Eine unbedeutende Abweichung bedeutet es, wenn nach der Weimarer Verfassung der Reichspräsident Inhaber des Begnadigungsrechts ist (Art. 49, Abs. 1), das Montesquieu der Adelskammer zuweist. Der wichtige Art. 56 Reichsverfassung, der die Bestimmungen der Richtlinien der Politik ausdrücklich dem Reichskanzler überträgt, ist jedenfalls zunächst und unmittelbar als Abgrenzung der Befugnisse von Reichskanzler und Reichsministern gedacht, nicht aber als eine solche von gesetzgebender Gewalt und Regierung.

Aber so ähnlich der Zuständigkeitskatalog der Regierung (in weitester, den Reichspräsidenten mitumfassender Bedeutung) dem der vollziehenden Gewalt Montesquieus sein mag, es fehlt doch zum Schluß die Generalklausel. Nirgendwo ist, worauf E. Kaufmann bereits hingewiesen hat[1]), der Regierung die vollziehende Gewalt als solche übertragen. Man kann nicht sagen, daß dies durch die Verwendung des Ausdrucks „Verwaltung" für den nichtpolitischen Teil der Tätigkeit der Regierung[2]) geschehen sei. Denn, ob mit ihm die vollziehende Gewalt gemeint ist, läßt sich wegen seiner bekannten Vieldeutigkeit aus ihm heraus nicht feststellen. Nur die Verwendung des Ausdrucks Reichsverwaltung als eine der drei Überschriften der Abschnitte 4, 5, 6 der Reichsverfassung legt den Gedanken nahe, daß die Verwaltung nach der Weimarer Verfassung mit der vollziehenden Gewalt der Dreiteilungslehre identisch sein soll. Diese Überschriften erinnern deutlich an die bekannte Dreizahl der Gewalten. Aber der Schluß ist

[1]) Die Reichsregierung im Handbuch der Politik, Bd. III, 3. Aufl., S. 48.

[2]) So offensichtlich in der Überschrift des 6. Abschnitts, 1. Hauptteils der Verfassung und in den Artikeln 60, 113, 164.

nicht zwingend, da aus den Überschriften der drei Abschnitte allein, wie bereits zu Beginn der Arbeit bemerkt, die Annahme des Grundsatzes der Gewaltenteilung nicht gefolgert werden kann. Welchen Inhalt der Begriff Reichsverwaltung nach der Weimarer Verfassung hat, kann daher erst durch die auf anderem Wege gefundene Bestimmung der grundsätzlichen Zuständigkeitsgrenzen der gesetzgebenden Gewalt festgestellt werden. So bleibt denn nichts übrig, als die Generalklausel für die Zuständigkeit der Legislative, den materiellen Gesetzesbegriff, näher zu untersuchen[1]).

§ 5. Zuständigkeit der Legislative — Generalklausel: Der materielle Gesetzesbegriff.

1. Es liegt nahe, anzunehmen, daß auch dem heutigen deutschen Staatsrecht der allgemeine konstitutionelle Gesetzesbegriff der generellen Norm zugrunde liegt. Dem steht die vor allem durch die Autorität von Anschütz gedeckte[2]) Meinung entgegen, daß sich der Inhalt des materiellen Gesetzesbegriffs durch die Freiheit- und Eigentumsklausel bestimme. Materielle Gesetze sind für diese Ansicht alle generellen wie individuellen Normen, die Freiheit und Eigentum (im weitesten Sinne) der einzelnen betreffen, der Freiheit der Willensbestimmung im allgemeinen und der Eigentumsfreiheit im besonderen Maß und Schranken setzen[3]), oder, wie es auch formuliert wird, die Willensmacht mehrerer Willensträger wechselseitig abgrenzen[4]). Dieser materielle Gesetzesbegriff wird mit dem Rechtssatzbegriff a priori identifiziert.

---

[1]) Diesen Gesetzesbegriff zu erörtern, ist für die Bestimmung der Grenzen der Zuständigkeit von Regierung und Verwaltung gegenüber der gesetzgebenden Gewalt wegen Art. 77, Satz 1 überflüssig geworden, wie Triepel, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 39, S. 490 — siehe auch Wittmayer, Die Weimarer Reichsverfassung 1922, S. 449 — mit Recht hervorhebt — es sei denn, daß man solche Untersuchung noch wegen der Frage der Organisationsgewalt anstellt —; aber für die Abgrenzung des Herrschaftsbereichs der gesetzgebenden Gewalt gegenüber der Regierung ist eben, wie sich zeigt, solche Untersuchung doch noch unerläßlich.

[2]) Vgl. dazu Reichsverfassung, 11. Aufl., S. 314.

[3]) Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., S. 657.

[4]) Meyer-Anschütz a. a. O. S. 640 entsprechend der Definition Labands Staatsrecht, Bd. 2, 5. Aufl., S. 181.

So gefaßt umspannt der Rechtssatzbegriff beinahe alle staatlichen Anordnungen, nur die Gebote, die sich lediglich an Staatsorgane richten, die „innerhalb des Staats verlaufen", fallen nicht darunter und können daher dem Bereich der Exekutive zugewiesen werden. Denn die Staatsorgane sind für diese Auffassung nicht Rechtssubjekte, nicht Personen im Rechtssinne, und ihre gegenseitige „Abgrenzung" erfolgt daher nicht durch einen Rechtssatz. Man sieht, im wesentlichen wird die grundlegende Frage nach der prinzipiellen Zuweisung des Einzelakts an die Exekutive zu deren Ungunsten entschieden.

Doch dieser Rechtssatz- und materielle Gesetzesbegriff kann schon deshalb unmöglich von der Reichsverfassung vorausgesetzt sein, weil er die zweifellose Rechtssatznatur der wichtigsten organisatorischen Bestimmungen der Verfassung unerklärt läßt[1]). Daß der Hauptteil aller Verfassungen, ihre Bestimmungen über das Verhältnis der Hauptorgane des Staates, Recht darstellt, ist natürlich auch von der herrschenden Theorie stets zugegeben worden[2]), aber das ist doch immer nur um den Preis einer Reihe von Inkonsequenzen möglich gewesen. Man hat es damit begründen zu können geglaubt, daß den obersten Staatsorganen ein eigenes Recht auf ihre Organstellung zustehe, weil diese nie ohne ihre Zustimmung geändert werden könne[3]). Nun ist aber für die gegenwärtige Beschaffenheit eines Rechts die Frage nach dem Ob und Wie seiner Beendigung überhaupt unerheblich[4]). Nach dieser Theorie hätte, wie von ihr selbst zugegeben wird, der Monarch in den auf der Volkssouveränität aufgebauten Monarchien mit

[1]) So schon allgemein O. v. Gierke, Labands Staatsrecht und die neue Rechtswissenschaft in Schmollers Jahrbuch 1883, S. 1144, siehe besonders dort Anm. 2, ebenso Preuß, Über Organpersönlichkeit in Schmollers Jahrbuch 1902, S. 590f., sowie derselbe in Städtisches Amtsrecht in Preußen, S. 10, 11 und in Annalen des Deutschen Reichs 1903, S. 524f.

[2]) Vgl. Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, S. 79.

[3]) Siehe Anschütz, Kritische Studien, S. 79. Diese Theorie vom „eigenen Recht" wird von Laband zur Unterscheidung von Gliedstaaten und Selbstverwaltungskörpern bereits in der 1. Auflage seines Staatsrechts — siehe Bd. 1, S. 106 — vertreten, allgemeiner schon Jellinek G., Die Lehre von den Staatenverbindungen, S. 41ff., der auf das Fehlen einer Kontrolle abstellt, siehe besonders S. 42.

[4]) So schon O. v. Gierke in Schmollers Jahrbuch 1883, S. 1163f.

nur suspensivem Veto des Monarchen nie ein Recht auf seine Stellung gehabt. Von diesen Monarchien darf aber eine Lehre, die einen allgemeingültigen Rechtssatzbegriff a priori zur Grundlage nehmen will, nicht „absehen“[1]), nur weil sie nach ihrer Meinung lediglich Scheinmonarchien sind. Aber auch nach damaligem Deutschen Reichsverfassungsrecht mußte bei Zugrundelegung jener Ansicht die Rechtsnatur der Vorschriften über den „Kaiser“ höchst zweifelhaft erscheinen, da er ja nach richtiger Auffassung nicht einmal ein suspensives Veto besaß, so daß bezeichnenderweise von der hier bekämpften Meinung auch nur der Bundesrat als Herrscher mit eigenem Recht auf seine Organstellung beispielsweise genannt wurde. Und heute! Sollen etwa die Verfassungssätze über den Reichspräsidenten und den Reichsrat deswegen nur formelle Gesetze sein, weil ja fraglos deren Zuständigkeit auch ohne ihre Zustimmung geändert werden kann? Es genügt auch nicht, die ja unzweifelhafte Rechtssatznatur dieser Bestimmungen daraus herzuleiten, daß die Untertanen, die Gesellschaft und jeder einzelne, ein Recht auf Innehaltung der organisatorischen Bestimmungen der Verfassung hätten. Das ist unrichtig. So hat eben z. B. der einzelne nicht ein Recht darauf, daß der Präsident des Reichstags diesen vor dem ersten Mittwoch des November einberuft, wenn es der Reichspräsident gemäß Art. 24, Abs. 1, Satz 2 verlangt, sondern dieses Recht hat nur der Reichspräsident, und das gleiche gilt von den entsprechenden Vorschriften früheren, auch außerdeutschen Verfassungsrechts. Ebensowenig kann der einzelne verlangen, daß Reichskanzler und Reichsminister im Reichstag oder in dessen Ausschüssen anwesend sind[2]); nicht der Untertan, der „außenstehende Dritte“, haben ein Recht darauf, sondern nur der Reichstag usf.

Die bekämpfte Theorie beruht auf der Voraussetzung, die Einheit der Staatspersönlichkeit würde zerstört, wenn man die Möglichkeit von eigenen Rechten und Pflichten der Organe anerkennt. Inkonsequenterweise wird dabei allerdings für die obersten Organe eine Ausnahme gemacht. Die Zuweisung von Rechten an Parlament und Monarch soll die Einheit des Staats nicht gefährden! Begründet wird dies damit, daß die Volksvertretung die Personifikation des Volkes als eines Staats-

[1]) So Anschütz, Kritische Studien, S. 79, Anm. 185.

[2]) Vgl. Art. 33, Abs. 1 RV.

substrates und der Herrscher die Personifikation der staatlichen Herrschaftsmacht bilde[1]). Beide sollen also anscheinend der Staat selbst, nicht seine Organe sein. Abgesehen von der theoretischen Unstimmigkeit dieser Konstruktion, scheint mir diese Auffassung denn doch für die Einheit der Staatspersönlichkeit weit gefährlicher zu sein als die Annahme eigener Rechte und Pflichten der Staatsorgane. Eine derartige Annahme zerstört in Wahrheit die Einheit der Staatspersönlichkeit in keiner Weise. Man muß sich dabei natürlich darüber klar sein, was man unter der „Staatspersönlichkeit" versteht. Versteht man darunter den Staat, so wird dessen Einheit nicht davon berührt, daß seine Organe Rechte und Pflichten haben. Denn der Staat als die politische Einheit eines Volkes, als seine Willensgemeinschaft in Fragen seiner machtvollen Durchsetzung nach innen und außen, existiert auch, abgesehen von allen Organen, die diese Macht allerdings erst aktionsfähig für Einzelheiten machen[2]). Da der Staat nicht nur in seinen Organen existiert, brauchen diese nicht für ihn gleichsam die Rechte und Pflichten zu tragen. Es gibt die Möglichkeit staatlicher Rechte und Pflichten, die nicht Rechte und Pflichten jener Organe sind. Damit ist bereits gesagt: Auch wenn man unter der Staatspersönlichkeit die Eigenschaft des Staates als Rechtssubjekt (gleich möglicher Träger von Rechten und Pflichten) versteht, wird diese durch die Annahme eigener Rechte und Pflichten seiner Organe nicht aufgehoben. Im Gegenteil, es werden so überhaupt erst die ja fraglos zwischen dem Staat und seinen Organen bestehenden Rechtsbeziehungen erklärlich.

Der Rechtssatzbegriff ist von der herrschenden Theorie offensichtlich zu eng gefaßt[3]). Ganz davon abgesehen, daß die Betonung der sozialen Schrankenziehung in der Formulierung des Rechtssatzbegriffs der bisher besprochenen Theorie leicht übersehen läßt, daß in dieser Schrankenziehung auch zugleich die Regelung des Zusammenschlusses liegt[4]), ist es

---

[1]) Siehe Anschütz, Kritische Studien, S. 80.

[2]) Siehe auch Leibholz, Wesen der Repräsentation, S. 134.

[3]) So auch Triepel, in Verhandlungen des 32. deutschen Juristentags 1922, Drucksachen, Bd. 2, S. 13.

[4]) Vgl. dazu Holstein, Die Theorie der Verordnung im französischen und belgischen Verwaltungsrecht in Bonner Festgabe für Zitelmann, S. 367.

jedenfalls unrichtig, als Willen, um deren Abgrenzung es sich handelt, den der Staatsorgane auszuscheiden.

Gibt man aber das zu[1]), so ist die von dieser Theorie zwischen Rechts- und Verwaltungsvorschriften errichtete Grenze gefallen. Auch die Jellineksche Zwecklehre hilft da nicht mehr. Nach dieser Ansicht[2]) sollen bekanntlich die Rechtssätze dadurch gekennzeichnet sein, daß sie die „soziale Schrankenziehung", die Abgrenzung von Willenssphären bezwecken, während eine ökonomische, ethische oder andere Absicht den Rechtssatzcharakter nimmt.

Aber haben nicht auch die unzweifelhaften Rechtssätze unseres Bürgerlichen Gesetzbuches und unseres Handelsgesetzbuches ökonomische Absichten; und kann man dem Strafgesetz ethische Zweckverfolgung absprechen? Man kommt auch nicht weiter, wenn man als Merkmal aufstellt, daß es der nächste Zweck des Rechtssatzes im Gegensatz zur Verwaltungsvorschrift wäre, die freie Tätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen[3]). Denn ganz offensichtlich ist doch z. B. auch bei den Vorschriften über die Behördenorganisation, die

---

[1]) Wie es inkonsequenterweise Laband halb und halb bereits tut, wenn er die Schrankenziehung gegenüber anderen, nicht zur Verwaltung gehörigen Staatsorganen als Rechtssetzung ansieht, die Schrankenziehung zwischen der Verwaltung angehörigen Staatsorganen jedoch nicht, weil in solchem Fall nicht Rechtsbeziehungen zwischen dem verwaltenden Staat und einem anderen, ihm gegenüberstehenden Rechtssubjekt geregelt würden — siehe Laband, Staatsrecht, Bd. II, 5. Aufl., S. 281f. — Wenn so der verwaltende Staat und im Gegensatz dazu der gesetzgebende und der richterliche als Rechtsubjekte angesehen werden, so kann das doch wohl nur heißen, daß damit der gesetzgebenden, verwaltenden und richterlichen Gewalt Rechtssubjektivität zugesprochen werden soll. Diese Rechtssubjektivität kann nur als solche der betreffenden Organe aufgefaßt werden, sonst hätten wir ja tatsächlich eine Zerreißung des Staates selbst in verschiedene Subjekte gleich der, die Kant, Metaphysik der Sitten, Teil I, § 48 dem Wortlaut nach jedenfalls vornahm, und über die man so oft tadelnde und ironische Bemerkungen gemacht hat (ich glaube zu unrecht, da der Zusammenhang ergibt, daß Kant an eine Zerreißung der Staatspersönlichkeit gar nicht dachte — siehe § 45 a. a. O. — so auch Aufricht, Die Lehre von den drei Gewalten bei Kant in Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. IX, S. 193). Wenn aber so diese Organe Subjekte von Rechte und Pflichten sein können, so ist nicht einzusehen, warum das nicht für alle Organe gelten soll.

[2]) Gesetz und Verordnung, S. 240ff.

[3]) Jellinek a. a. O. S. 242.

auch Jellinek als zur Verwaltung gehörig bezeichnet[1]), der nächste Zweck die Abgrenzung von Willenssphären. Ja, man muß sagen, daß überhaupt der nächste Zweck jedes Gebots die Bestimmung von Willenssphären ist.

Denkt man diesen Gedankengang bis zu Ende, so kann es allerdings, wie Triepel sagt[2]), kein konstitutionelles Gesetz geben, dessen rechtlich bedeutsamer Inhalt etwas anderes als ein Rechtssatz wäre, und man könnte sich Triepels Ausspruch[3]) anschließen, daß der ganze Streit über den Gesetzesbegriff durch Haenels klassische Studie über das Gesetz im formellen und materiellen Sinne erledigt sei. Denn die theoretische Formel der herrschenden Lehre vermag wirklich nicht das „Wesen der Staatsfunktionen (Gesetzgebung, Rechtsprechung, Regierung, Verwaltung) zu rationalisieren[4])". Und wir hätten also wieder die grundsätzlich unbegrenzte Zuständigkeit der gesetzgebenden Gewalt. Denn nichts anderes bedeutet doch die Formulierung von Leibholz[5]), nach der die das gesamte staatliche Leben bestimmenden politischen, wie die an der Rechtsidee orientierten Entscheidungen bei den gesetzgebenden Körperschaften liegen, deren Konkretisierung im einzelnen aber bei Verwaltung und Rechtsprechung, wenn nicht deren politische Bedeutung doch wieder die Legislative auf den Plan ruft.

II, 1. Doch nicht nur diesen offensichtlich unrichtig gebildeten Rechtssatzbegriff kann die Reichsverfassung unmöglich aufgenommen haben, sondern es ist überhaupt durchaus unwahrscheinlich, daß ihr ein a priori bestimmter Rechtssatzbegriff zugrunde liegen soll. Viel eher ist, wie bereits bemerkt, anzunehmen, daß auch die Weimarer Verfassung den materiellen Gesetzesbegriff des Konstitutionalismus voraussetzt. Auch der Konstitutionalismus hat seinen materiellen Gesetzesbegriff dem Rechtssatzbegriff gleichgesetzt (bei Montesquieu wiesen wir ja ausdrücklich darauf hin), aber gerade deswegen wissen wir, daß der Rechtssatzbegriff hier nicht a priori zu fassen ist, ja auf solche Weise gar nicht bestimmt werden darf. Denn der Gesetzesbegriff, mit dem er gleichgesetzt wird, ist durchaus nicht ein Begriff a priori. Ihm hat

[1]) A. a. O. S. 243. [2]) Die Reichsaufsicht, S. 127.
[3]) A. a. O. Anm. 2.
[4]) Leibholz, Wesen der Repräsentation, S. 61, Anm. 2.
[5]) A. a. O.

von Beginn an ein Gesetzesbegriff gegenübergestanden, nach dem Gesetz nichts weiter als höchster Befehl ist, der Gesetzesbegriff des Absolutismus aller Zeiten, des monarchischen wie des demokratischen oder cäsarischen. „Lex est, quod populus Romanus senatore magistratu interrogante, veluti consule, constituebat", so heißt es Inst. de justitia et jure I, 2. 4. Ganz scharf formuliert Gaius: „Lex est, quod populus jubet atque constituit[1])", und Jahrhunderte nach ihm Hobbes mit der von C. Schmitt zitierten[2]) Formel: autoritas, non veritas facit legem. Andererseits: Dies sind auch die beiden Gesetzesbegriffe, in denen der ewige Kampf zwischen Recht und Macht sich widerspiegelt. Und, wenn die Weimarer Verfassung auch schweigt, so ist es doch ohne weiteres klar, daß sie in die erste, nicht in die zweite Reihe gehört. Daß die Weimarer Verfassung einen Gesetzesbegriff kennt, der mit dem des Rechtssatzes gleich ist, zeigt ganz deutlich der Artikel 59, in dem zur Umschreibung der rechtlichen Verantwortlichkeit der Exekutive die Formel Reichsverfassung und Reichsgesetz gebraucht wird, und das gleiche gilt wohl von dem damit korrespondierenden Ausdruck „Verfassung und Gesetze" in der Eidesformel des Reichspräsidenten (Art. 42). Aber es wird nicht ein rechtsphilosophisch zu gewinnender Rechtssatzbegriff sein, sondern der alte historische des Konstitutionalismus. Man darf also den materiellen Gesetzesbegriff nicht mit einem „über allen Wandel der Staatsverfassung erhabenen[3])" Rechtssatzbegriff identifizieren, sondern man muß umgekehrt den Rechtssatzbegriff der Weimarer Verfassung mit einem Gesetzesbegriff gleichsetzen, der gerade den Wandel der Verfassungen vom Absolutismus zum Konstitutionalismus zum Ausdruck bringt.

2. Doch bleibt noch zu prüfen, ob wirklich die Kette von der Weimarer Reichsverfassung unzerrissen herunterreicht bis zu jenen Auffassungen, die den Konstitutionalismus ausmachen. Die Reichsverfassung selbst schweigt von ihrem Rechtssatz- und materiellen Gesetzesbegriff, in gleicher Weise schweigen ihre Autoren. Auch sie setzen ihn ganz offensichtlich als selbstverständlich voraus. Und eben dasselbe ist von der Vorgängerin der Weimarer, der Bismarckschen Verfassung, zu

[1]) Gaii Inst. 1, 3. [2]) Verfassungslehre, S. 140.
[3]) Meyer-Anschütz, S. 640, Anm. a.

sagen. Daß sie aber den materiellen Gesetzesbegriff im Sinne des Konstitutionalismus faßt, wird klar, wenn man berücksichtigt, daß sich gerade ihre Bestimmungen über Legislative und Exekutive an die Erfurter Unions- und die Frankfurter Reichsverfassung und damit an die große Reihe der Konstitutionen von 1791 bis zur belgischen von 1831 anschließen. Die Reichsverfassung von 1871 ist ja der Sache nach nur eine Redaktion der durch die Novemberverträge von 1870 erweiterten Verfassung des Norddeutschen Bundes. Die Novemberverträge sind für die hier zu behandelnde Frage bedeutungslos. Im übrigen ist die Verfassung des Norddeutschen Bundes nicht etwa, wie man angenommen hat, fertig dem Haupte Bismarcks entsprungen[1]). Bismarcks eigenstes Werk sind vielmehr vor allem die Bestimmungen über die Organisation der Bundes- im Verhältnis zur Einzelstaatsgewalt[2]). Im übrigen geht die Verfassung, abgesehen von ihren breiten verwaltungsrechtlichen Partien[3]), auf drei Vorentwürfe — Hepke — Bucher — Duncker — zurück, von denen uns nur Dunckers Entwurf näher bekannt ist[4]). Dieser schließt sich in seiner Grundauffassung vom Verhältnis der Legislative zur Exekutive an die Erfurter Unions- und Frankfurter Verfassung an, das heißt, auch ihm ist, wie diesen Verfassungen, das grundsätzliche Verhältnis der beiden Gewalten selbstverständlich. Darüber aber, was die Frankfurter Verfassung als selbstverständlich übernahm, kann kein Zweifel sein: Es ist der Gesetzesbegriff des Konstitutionalismus als einer allgemeinen, allverbindlichen und unverbrüchlichen Regel.

3. Durchweg wurde das Gesetz damals so definiert[5]). Dieser materielle Gesetzesbegriff war im Artikel 6 der Erklärung der Menschenrechte und in den Konstitutionen von 1791 und 1795

[1]) Vgl. Triepel, Zur Vorgeschichte der Norddeutschen Bundesverfassung in der Festgabe für Otto Gierke, S. 589ff., 591f.

[2]) Puttbuser Diktate, von Keudell, Fürst und Fürstin Bismarck, S. 326f., 334ff.

[3]) Die auf 4 Entwürfen preußischer Fachministerien beruhen.

[4]) Er ist von Triepel a. a. O. S. 631ff. veröffentlicht.

[5]) Siehe Rotteck, Im Staatslexikon oder Enzyklopädie der Staatswissenschaften, herausgegeben von K. Welcker, Bd. III (1836), S. 776; Mohl, R., Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Teil I (1829), S. 182ff.; im übrigen siehe die bei G. Meyer in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. VIII, S. 15ff. aufgeführte Reihe der damaligen staatsrechtlichen Schriftsteller.

noch ausdrücklich hervorgehoben worden. Seit der Konsularverfassung wurde er allerdings nicht mehr betont. Das war nicht mehr notwendig, aber nicht nur deswegen, weil, wie Thoma[1]) meint, die formale Generalklausel des Vorrangs des Gesetzes das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt genügend deutlich umrissen hätte. Hinzu kam noch zweierlei, einmal, daß der Konsularverfassung, wie allen späteren, völlig feststand, daß das Zuständigkeitsfeld der Exekutive so zu bestimmen sei, wie es durch Montesquieu und später durch Sieyès geschehen war, nämlich durch Zuweisung des Einzelakts in die Kompetenz der vollziehenden Gewalt, und zweitens, daß alle jene Verfassungen den Satz des Sieyès angenommen hatten, nach dem die gesetzgebende Gewalt als einer der pouvoirs constitués nicht wahrhaft souverän ist[2]). Damit war eben das Gebiet der Legislative als das der abstrakten allgemeinverbindlichen und unverbrüchlichen Anordnung festgelegt, ohne daß es der Legislative möglich war, grundsätzlich die vom Souverän, dem Inhaber des pouvoir constituant, gezogenen Grenzen zu überschreiten. Das bedeutet, daß der materielle Gesetzesbegriff des Konstitutionalismus als selbstverständlich zugrunde gelegt wurde, ohne daß es darüber noch eines Wortes bedurfte. Dieser materielle Gesetzesbegriff konnte rein theoretisch sein und bedurfte keiner besonderen Formulierung mehr, weil in der Praxis kein politisch bedeutungsvoller Versuch vorkam, in den natürlichen Bereich der Exekutive einzudringen. Daß dieser Begriff aber als eine der selbstverständlichen Grundlagen der Scheidung der Gebiete beider Gewalten im Bewußtsein blieb, zeigen die Ausführungen Esmeins, der noch 1921[3]) die eigentlichen, die materiellen Gesetze, als règles générales d'une durée indéfinie von den actes particuliers scharf trennt und die Legislative grundsätzlich auf die Anordnung der règles générales beschränkt[4]).

---

[1]) Vorbehalt des Gesetzes im Preußischen Verfassungsrecht, S. 170.

[2]) So sagt Vauthier (Das Staatsrecht des Königreichs Belgien in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts IV, I, 5. S. 78) — für Belgien ausdrücklich, daß mit wahrhafter Souveränität allein die konstituierende Gewalt bekleidet sei, kraft deren Delegation nur die Gesetzesfaktoren ihre Funktionen ausübten.

[3]) Droit Constitutionnel comparé, 7. Aufl.

[4]) Siehe t. 1, S. 23; t. 2, S. 399, 398; siehe auch t. 2, S. 418, Abs. 3 und 478 gegen Ende.

4. Auch in den deutschen Verfassungen herrschte durchweg der Gesetzesbegriff Montesquieus und Rousseaus. Die Freiheits- und Eigentumsformel hat den deutschen Verfassungen nicht, wie Anschütz[1]) meint, zur Definition des Gesetzesbegriffs, sondern nur zur Bezeichnung einer bestimmten Gruppe von Gesetzen gedient.

Daß im § 65 der Badischen Verfassung durch die Eigentums- und Freiheitsformel ein Teil der Gesetze abgetrennt werden sollte, hat F. Rosin in eingehender Darstellung vor allem der Vorgeschichte dieser Verfassungsbestimmung nachgewiesen[2]). Diese Auslegung der Freiheits- und Eigentumsformel ist ja, wenn man allein schon den Wortlaut der in Frage kommenden Bestimmungen liest, die natürliche. Sie geht auch daraus hervor, daß man damals die Freiheits- und Eigentumsklausel noch enger faßte. Freiheit begriff man nämlich als persönliche Freiheit, wie das Preußische Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850, unter Gewährleistung des Eigentums verstand man nur den Schutz vor völliger Entziehung dieses Rechts (Enteignung)[3]), nicht auch vor jeder Beschränkung in seiner Ausübung. Diese Deutung der Freiheits- und Eigentumsklausel entspricht allein der damaligen verfassungspolitischen Lage Deutschlands. Man wollte den „Ständen" so wenig, wie sich nur irgend mit dem gegebenen Versprechen vereinbaren ließ, gewähren, und vor allem wollte man sie möglichst auf das Gebiet der alten echten Stände, auf deren Freiheiten und Gerechtsame, einengen, sie auf die Sphäre der einzelnen Individuen und deren Schutz beschränken, um das Politische um so sicherer in der Hand zu halten. So wurde die Formel denn auch, wie F. Rosin gezeigt hat, auf dem Wiener Kongreß zur Einschränkung gebraucht[4]), und denselben Sinn hatte sie, wie gleichfalls Rosin[5]) gegen Anschütz[6]) nachwies, in der Preußischen Verordnung vom 22. Mai 1815 und

[1]) Siehe Meyer-Anschütz, S. 655ff.

[2]) Siehe F. Rosin, Gesetz und Verordnung nach Badischem Staatsrecht, besonders S. 53ff., 62ff.

[3]) Vgl. Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, Bd. I, S. 159.

[4]) Siehe F. Rosin a. a. O. S. 47ff., besonders die S. 52 wiedergegebene Bemerkung Humboldts.

[5]) A. a. O. S. 66.

[6]) Gegenwärtige Theorien, S. 169ff.

dem Preußischen Gesetz vom 5. Juni 1823[1][2]). Welchen Umkreis die Formel im einzelnen auch umschreiben mag, fest steht jedenfalls, daß nur gewisse Gesetze mit ihr bezeichnet werden sollten. Völlig deutlich geht das aus dem Grundgesetz für das Herzogtum Sachsen-Altenburg hervor. Dort werden geradezu im 5. Abschnitt unter Ziffer 2 a, b die Gesetze, welche die Freiheit der Personen oder das Eigentum betreffen (a), von den Gesetzen anderer Art (b) geschieden. Der materielle Gesetzesbegriff schlechthin wurde auch von den deutschen Verfassungen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht ausdrücklich definiert, er war auch ihnen als eine konstitutionelle Grundanschauung selbstverständlich. Wie sehr man in der Allgemeinheit der Norm das Gesetzeskriterium sah, zeigen gerade die beiden deutschen frühkonstitutionellen Verfassungen, in denen den Ständen das Zustimmungsrecht zu allen Gesetzen zugebilligt wurde, die Württembergische

[1]) Es ist darum auch anzunehmen, daß F. Rosin — a. a. O. S. 67f. — gegen Seydel — Bayrisches Staatsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. S. 316/17, ebenso noch Piloty in Graßmann-Piloty, Bayrisches Staatsrecht, Bd. I, S. 845 — und Oeschey, die Bayrische Verfassungsurkunde ... S. 84 recht hat, wenn er der Eigentums- und Freiheitsformel auch in der Bayrischen Verfassung von 1818 VII, § 2 einschränkende und nicht definierende Bedeutung beilegt. Dafür spricht auch, daß sie offenbar der im Sachsen-Weimarischen Grundgesetz vom 5. Mai 1816, § 5, Ziff. 6 verwendeten Formel nachgebildet ist — siehe auch Piloty a. a. O. S. 845, Anm. 4 — in der sie schon nach der Fassung offensichtlich nur einen Teil der Gesetze bezeichnen sollte. So wird denn auch die Beurteilung der Bayrischen Verfassungsbestimmung im Bericht des Preußischen Gesandten in München vom 7. Juli 1818 verständlich: „Bald wich die anfängliche Besorgnis, man möchte Grundsätze finden, die mit dem System der Einführung beschränkter Monarchien nicht im Einklang stehen, und man war erfreut, als man erfuhr, die Standschaft sei auf das Eigentum beschränkt" — siehe Oeschey a. a. O. S. 83/84, Anm. 6.

[2]) Was man ungefähr unter den Gesetzen, die Freiheit und Eigentum betreffen, zu verstehen hat, das ergibt sich aus der neuen Landschaftsordnung für das Herzogtum Braunschweig vom 12. Oktober 1832, bei der der Teil der Gesetze, zu denen Zustimmung der Ständeversammlung erforderlich ist, dahin umschrieben wird, daß darunter außer dem bürgerlichen Recht und dem Strafrecht sowie den dazu gehörigen Prozeßarten vom Verwaltungsrecht noch das Landesfinanz- und Steuerrecht, sowie die Bestimmungen über Militärpflichtigkeit und Aushebung der Mannschaft gehören sollen, in der Tat, eine ganz einleuchtende Deutung der Eigentums- und Freiheitsformel. Siehe IV. Kap., Titel 2, Abschn. II unter a und b §§ 98, 99 der Verfassung.

(§ 88) und die Hessische (Art. 72). Beide Verfassungen halten es nur für nötig, diejenigen allgemeinen Anordnungen, zu denen der Monarch künftig noch allein befugt sein soll, ausdrücklich zu bezeichnen (vgl. § 89 bzw. Art. 73, 74). Daß er zum Erlaß von Einzelakten aller Art grundsätzlich befugt ist, schien beiden Verfassungen nicht ausdrücklicher Hervorhebung zu bedürfen, wie andererseits die Auferlegung von Steuern und Abgaben, bei der man im Nachklang an die alte ständische Zeit natürlich damals durchaus noch an einmalige, an Einzelakte dachte[1]), ausdrücklich in die Zuständigkeit der Legislative verwiesen wurde[2]), obwohl sie doch höchst wirksam in das Eigentum der Untertanen eingriff. Und so wird es denn überhaupt in diesen Verfassungen, wie auch in den späteren, die Zustimmung der Stände zu jedem Gesetz anordnen[3]), für notwendig gehalten, alle Einzelakte, wie Regentschaftsregelung für den Einzelfall, Verleihung von Korporationsrechten, Erteilung von Handels- und Gewerbemonopolen[4]), besonders und ausdrücklich der gesetzgebenden Gewalt zuzuweisen[5]). Für die Hessische Verfassung hat uns Becker[6]) anschaulich geschildert, wie in der frühkonstitutionellen Zeit der Kampf zwischen Gesetz und Verordnung sich an dem Merkmal der Allgemeinheit[7]) orientierte. Nach

[1]) Wenn auch gerade am Steuerrecht der Gesetzesbegriff schon vor der französischen Revolution entwickelt wurde.

[2]) Siehe Württembergische Verfassung § 109; Hessische Verfassung Art. 67, Abs. 1.

[3]) Sächsische, Oldenburgische, Waldecksche Verfassung.

[4]) Siehe § 13 Württembergische, § 10 Sächsische, Art. 104 Hessische, Art. 58, § 1, Art. 77 Oldenburgische, § 41 Waldecksche Verfassung.

[5]) Diese Aufzählungen von Individualgesetzen sprechen also nicht, wie Haenel Gesetz im formellen und materiellen Sinne S. 128f. meint, gegen die Annahme eines Gesetzesbegriffes im Sinne allgemeiner Regel durch diese Verfassungen, sondern die Ausdrücklichkeit der Kompetenzbestimmung zeigt gerade, daß man grundsätzlich Individualbestimmungen nicht als Gesetze ansah.

[6]) Gesetz und Verordnung nach hessischem Staatsrecht, besonders S. 24ff.

[7]) Auch, daß eine Reihe von Verfassungen von Allgemeingesetzen sprechen, so das Grundgesetz des Herzogtums Sachsen-Weimar vom 5. Mai 1816 — in der Fassung vom 15. Oktober 1850, § 4, Nr. 6 — und im Anschluß daran die Verfassungen von Bayern VII, § 2, Baden § 65, Sachsen-Altenburg § 201, Schwarzburg-Rudolstadt § 24 darf nicht zu der Annahme verleiten, auch Individualbestimmungen seien unter den

diesem Merkmal suchte man grundsätzlich zu bestimmen, ob die Regierung über den ihr durch die Sonderklausel der Art. 73, Satz 1, 74 vorbehaltenen Bereich hinaus Anordnungen selbständig oder nur mit Zustimmung der Stände treffen dürfe.

5. Auch die deutsche Theorie hat an dem Merkmal des Allgemeinen als Kennzeichen des Gesetzesbegriffes festgehalten. G. Meyer hat die Reihe von Pütter bis Gerber ausführlich mit Zitaten aus ihren Schriften aufgewiesen[1]). Unvermittelt vollzog jedoch dann im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts die monistische Theorie sowohl, wie die dualistische in seltener Einmütigkeit die Schwenkung und bezog in den Gesetzesbegriff auch den Individualakt ein. Die monistische Gesetzestheorie tat es, weil sie ihre Grundauffassung natürlich nur wahren konnte, wenn auch die in Gesetzesform ergehenden Einzelakte als echte Gesetze angesehen wurden, die dualistische aus Furcht vor selbständigen in Freiheit und Eigentum eingreifenden Individualakten des Monarchen, die sie ihm nur auf dem Umwege über den Vorbehalt des Gesetzes glaubte aus der Hand

---

Gesetzesbegriff dieser Verfassungen gefallen. Diesen Schluß zieht Haenel, Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 127f. Allgemein stand hier im Gegensatz zu speziell, nicht zu individuell. In erster Linie sollten lokale Gesetze dem Monarchen allein vorbehalten sein — man dachte dabei natürlich vor allem an lokale Polizeiverordnungen, wie auch die Bedeutung des Landespolizeiwesens als Zuständigkeit der Legislative, siehe z. B. Hessische Verfassung Art. 72, Württembergische Verfassung § 90 beweist. Das geht aus der näheren Angabe des Gegensatzes zu den allgemeinen Gesetzen, wie sie in § 4, Nr. 6 der Weimarischen Verfassung gemacht wird, deutlich hervor. Und wenn dort von Gesetzen, welche für einzelne Korporationen im Staat gelten sollen, gesprochen wird, so mag man auch dabei noch von der Anschauung ausgegangen sein, daß solche speziellen Gesetze den Charakter des Generellen im Gegensatz zum Individuellen nicht verlieren. Ebenso wie heute Anschütz — RV., 11. Aufl., S. 113 unten, 114 oben — meint, daß eine gemäß Art. 15, Abs. 2 neue Reichsverfassung von der Reichsregierung erlassene allgemeine Aufsichtsanweisung den Charakter der allgemeinen Anweisung deswegen nicht einbüßt, weil sie sich lediglich an ein Land richtet; entscheidend sei immer nur, daß die Regelung abstrakt bleibe, d. h. daß sie für einen abstrakten Tatbestand, eine unbegrenzte Vielheit von Fällen gelten wolle. Mit Montesquieus Auffassung des Merkmals des Allgemeinen stimmt das allerdings nicht voll überein (siehe oben S. 19); aber die Abweichung ist nicht bedeutend genug, um daraus das grundsätzliche Aufgeben des konstitutionellen Gesetzesbegriffes zu folgern.

[1]) In Grünhuts Zeitschrift, Bd. 8, S. 1—54, besonders S. 15ff.

winden zu können[1]). Begründet wurde diese Schwenkung von der dualistischen Gesetzestheorie rein rechtsphilosophisch mit Erörterungen a priori[2]). Es mag zugegeben werden, daß die Bildung eines philosophischen Rechtssatzbegriffes möglich ist, der nur darauf abstellt, ob sich Gebote an der Rechtsidee der Gerechtigkeit orientieren oder nicht. Inkonsequent ist es aber dann jedenfalls, alle generellen und individuellen Gebote zu Rechtssätzen zu stempeln und nur auf den Eingriff in Freiheit und Eigentum abzustellen. Nur gerechte, generelle wie individuelle Normen waren nach Plato Recht, und Rechtssätze dürfte folgerichtigerweise auch diese Theorie daher nur die gerechten Gebotssätze nennen. So sehr nun auch der Weimarer Verfassung der Gesetzesbegriff als der gerechten Norm inhärent ist, wie Art. 109 beweist, so wenig darf man doch verkennen, daß es ein wesentliches Moment auch der deutschen konstitutionellen Bewegung war, die schwierige und oft unsichere Prüfung einer Norm auf ihren Gerechtigkeitsgehalt dadurch unnötig zu machen, daß nur allgemeine, d. h. abstrakte und damit rationale, vorher bestimmende Regeln als Gesetze anerkannt wurden. Man wollte eine Art und Weise des Erlasses von Gesetzen, die in einem gewissen Grade nicht willkürliche, vernünftige Bestimmungen gewährleistete: die Methode abstrakter Normierung. So war es auch die Absicht der deutschen Verfassungen.

6. Man mag sich nun zum Schluß noch fragen, ob nicht die von der Theorie mit Hilfe der Freiheits- und Eigentumsformel vorgenommene Bestimmung des Gesetzesbegriffes derart herrschend wurde, daß man sagen muß, auch der Weimarer Verfassungsgesetzgeber habe den Gesetzesbegriff ganz selbst-

[1]) Das war allerdings ein Irrtum. Man wäre auch bei Annahme des konstitutionellen Gesetzesbegriffes zu dem gewünschten Ergebnis gekommen, wenn man die Stellung des Monarchen (soweit er als pouvoir constitué in Frage kam) — abgesehen von seiner Beteiligung an der gesetzgebenden Gewalt — als das erkannt hätte, was sie war: Inhaberschaft der vollziehenden Gewalt. — Jedenfalls hat C. Schmitt vollkommen recht, wenn er — Verfassungslehre S. 148 — den Gesetzesbegriff der dualistischen Theorie als politischen bezeichnet.

[2]) Siehe Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 238f. mit der charakteristischen Bezugnahme auf den platonischen Idealstaat, S. 238 unten. — Diese Argumentation ist dann durchweg übernommen worden, siehe Anschütz, Kritische Studien S. 25; Laband, Staatsrecht Bd. II, 5. Aufl., S. 2ff., S. 2, Anm. 2.

verständlich in diesem Sinne verstanden. Die Frage ist zu verneinen[1]). Gegen den herrschenden materiellen Gesetzesbegriff hat die Opposition von seiten der monistischen Gesetzestheorie ja nie aufgehört[2]). Und auch die Auffassung von der Notwendigkeit des Merkmals des Allgemeinen als Gesetzeskriterium hat stets weiterhin ihre Verfechter gefunden[3]). Hinzu kommt noch, daß erst unter der Weimarer Verfassung in jüngerer Zeit, vor allem bei der geplanten Fürstenenteignung und dem Freiheitsgesetzentwurf, die Frage bedeutungsvoll wurde, ob der Einzelakt zum Bereich der gesetzgebenden Gewalt zu rechnen ist oder nicht.

---

[1]) Ganz davon verschieden ist die Frage, ob der Vorbehalt „des Gesetzes", d. h. der Legislative, nicht in Preußen vor 1918 entgegen dem Wortlaut der alten Preußischen Verfassung auf gewohnheitsrechtlichem Wege der Vorbehaltsgestaltung der mittelstaatlichen Verfassungen, wie sie vor allem durch die Freiheits- und Eigentumsklausel bezeichnet wurde, angeglichen ist — so Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes im Preußischen Verfassungsrecht S. 211ff. — Diese Frage ist zu bejahen — siehe oben S. 65, Anm. 1. Sie konnte auch von denen bejaht werden, die die Bestimmung des Gesetzesbegriffes durch die Eigentums- und Freiheitsklausel nach wie vor ablehnten, denn die Erweiterung der Kompetenz des Monarchen war auch durch eine erweiternde Interpretation seiner allgemeinen Verwaltungsrechte zu gewinnen. Gerade daraus ergibt sich aber, daß die Grundsätze der Vorbehaltsgestaltung der Zeit vor der Revolution von 1918 nicht einfach von der Weimarer Verfassung übernommen sein können. Die Veränderung der Grundlagen des Verfassungsrechtes läßt eine derartige Argumentation nicht zu.

[2]) Nach Haenel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne 1888, Erich Kaufmann, Artikel Verwaltung, Verwaltungsrecht im von Stengel-Fleischmannschen Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechtes, Bd. III, S. 688ff., siehe besonders § 7 I, II, § 8 I, auch § 6 III, und jüngst Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 4, S. 98ff., besonders S. 106ff.

[3]) Vor allem O. Mayer, der mit großem Nachdruck, allerdings nur mit Bezug auf den Rechtssatz-, nicht den Gesetzesbegriff sagt: „Ein ‚Rechtssatz', der seine Wirkung von vornherein auf einen bestimmten einzelnen Tatbestand beschränkt, leistet nicht, was eine Rechtsordnung soll, von der er doch ein Stück zu sein beansprucht. Und ein Staat, der eine Rechtsordnung besitzt, die aus lauter Individualgeboten besteht, hat überhaupt keine Rechtsordnung." Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., S. 74, Anm. 1, auch für Oeschey, Bayrische Verfassungsurkunde . . . S. 80 ist materielles Gesetz nur die allgemeine Anordnung, ebenso W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, Zweckmäßigkeitserwägung S. 139ff.

So hindert nichts die Annahme, daß die Weimarer Verfassung den Gesetzesbegriff des Konstitutionalismus übernommen hat. Nur dieser Gesetzesbegriff läßt auch das Verfassungsgebot der Gleichheit vor dem Gesetz sinnvoll erscheinen[1]). Die Forderung gleicher Behandlung setzt — abgesehen von ihrer Bezugnahme auf die Gerechtigkeitsidee — mehrere Fälle, die das Gesetz unter sich begreift, voraus, sie wird gegenüber einem Individualgebot bedeutungslos[2])[3]). Vor allem aber ist wichtig, daß die neue wie die alte Reichsverfassung ihr ganzes System der Zuständigkeitsverteilung zwischen Reich und Ländern auf dem konstitutionellen Gesetzesbegriff

[1]) Worauf C. Schmitt wiederholt hingewiesen hat; siehe Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz S. 20ff. und Verfassungslehre S. 254.

[2]) Wie gezwungen die Auffassung Hellers ist, im Art. 109 lediglich das Gebot nicht willkürlicher, im Sinn von an der Gerechtigkeitsidee orientierter, genereller oder individueller Willensakte zu sehen — Begriff des Gesetzes . . . S. 109 — beweist, daß er selbst einige Seiten später in die Meinung verfällt, durch Art. 109 Reichsverfassung wäre das Verbot einer Individualentscheidung durch Gesetz gegen ein bestehendes Gesetz gedeckt — a. a. O. S. 122.

[3]) Dagegen glaube ich nicht, daß man aus der Verwendung des Gesetzesbegriffes im Vorbehalt des Gesetzes in den Grundrechten auf die Annahme des Begriffes des Gesetzes als allgemeiner Regel durch die Verfassung schließen kann; siehe C. Schmitt, Verfassungslehre S. 152. Auf Wortinterpretation kann man sich nicht stützen, schon darum darf man auf die Formel „auf Grund des Gesetzes" kein allzu großes Gewicht legen; hinzu kommt noch, daß den Stellen, wo sie in den Vorbehalten des Gesetzes auftaucht (Art. 114, Abs. 1, S. 2; Art. 115, S. 2; Art. 153) andere gegenüberstehen, wo diese Formulierung nicht gewählt ist (siehe Art. 112, Abs. 1, S. 2; Art. 117, S. 2; Art. 123, Abs. 2). Darauf weist auch Schmitt, Verfassungslehre S. 166 hin. Denkbar wäre es, daß unter dem „Gesetz" des Vorbehaltes des Gesetzes der Willensakt des Gesetzgebers verstanden wird, weil man eben die Legislative, bei der die Volksvertretung entscheidend mitwirkt, für besonders freiheitsfreundlich hält, oder jedenfalls zur Zeit der Verfassungsschöpfung hielt. O. Mayer meint daher z. B., daß es mangels abweichender Regelung dem Gesetze (gleich dem Gesetzgeber) immer freistehen müsse, auch auf dem vorbehaltenen Gebiete Bestimmungen für den Einzelfall zu treffen, wenn er auch einschränkend hinzusetzt, daß es der Natur des Gesetzes und der ihr zugedachten Aufgabe entspräche, daß es auch hier vornehmlich in Gestalt von Rechtssätzen und allgemeinen Regeln handele — siehe Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., S. 73 und dort Anm. 20. Umgekehrt wird man aber, glaube ich, aus dem allgemeinen Gesetzesbegriff folgern dürfen, daß Gesetz in den Grundrechten grundsätzlich als Gesetz im allgemeinen konstitutionellen Sinne, als abstrakte Regel, zu verstehen ist.

aufbauen[1]) oder jedenfalls im wesentlichen aufbauen. Denn diese Zuständigkeiten werden in der Hauptsache nicht nach Materien geschieden, sondern es wird für die gleichen Gegenstände dem Reich grundsätzlich die Gesetzgebung, den Ländern die Ausführung überlassen (Art. 14). Hier wird ganz offensichtlich der konstitutionelle Gesetzesbegriff verwandt, der ja nicht gegenständlicher Natur ist, sondern eine bestimmte Art staatlicher Betätigung gegenüber allen dieser Betätigungsweise zugänglichen Gegenständen, d. h. praktisch gegenüber allen inneren Staatsangelegenheiten bedeutet. So kann eine Scheidung trotz gleicher Materie eintreten, eben den verschiedenen Funktionen nach gegenüber den gleichen Gegenständen. Daß diese Methode angewandt wurde, ist sehr verständlich, weil sie es ermöglichte, den Staaten bzw. Ländern durchgängig grundsätzlich auch auf allen den Gebieten, auf denen das Reich sich gesetzgeberisch betätigte, mit der Funktion der vollziehenden Gewalt die staatliche Hoheit gegenüber den Untertanen zu erhalten[2]).

8. Als Ergebnis kann festgestellt werden, daß die Weimarer Verfassung den Begriff des Gesetzes grundsätzlich in dem Sinne gebraucht, in dem er von Beginn des Verfassungslebens an verstanden wurde, als abstrakte allgemeinverbindliche Regel. Gewiß gibt es Ausnahmen. Es ist ja bereits auf die Einzelakte in Gesetzesform, die unsere Verfassung kennt, hingewiesen worden: Art. 45, Abs. 2, 51, 85; Abs. 2, 87, Satz 2, 94; Abs. 2, 156. Es ist jetzt deutlich geworden, warum die Weimarer Verfassung für diese Einzelakte jedesmal ausdrücklich den Weg der formellen Gesetzgebung vorschreibt. Es geschieht, weil die Verfassung grundsätzlich vom Begriff des Gesetzes als einer allgemeinen Norm ausgeht. Die Ausnahmen, die die formellen Gesetze bilden, erklären sich daraus, daß man bei den besonders wichtigen Angelegenheiten, um die es sich hier handelt, durch Verweisung in den Weg der Gesetzgebung möglichst alle politisch wichtigen Faktoren des Reiches mitwirken lassen und mit verantwortlich machen will, um in diesen Fällen die staatliche Integration in einem hohen Maße zu ge-

[1]) Siehe C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 153f.

[2]) Hier wirkt auch wohl noch die alte Auffassung nach, die in der Exekutive den Kern des Staates überhaupt sah. Siehe C. Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung a. a. O. S. 177f.

währleisten. Daß diese Einzelakte außerdem auch bei den für sie in Frage kommenden Beziehungen, also vor allem hinsichtlich der formellen Gesetzeskraft, die Rechtsstellung der Gesetze einnehmen sollen, steht damit im Zusammenhang[1]). Wenn die Weimarer Verfassung die Zuständigkeit der gesetzgebenden Gewalt ganz allgemein mit dem Begriff des Gesetzes umschreibt, so ist es selbstverständlich, daß sie damit den von ihr grundsätzlich verwandten Begriff des funktionellen Gesetzes meint. Die Weimarer Verfassung umschreibt die grundsätzliche Zuständigkeit der gesetzgebenden Gewalt also ebenso wie Montesquieu.

Zu ihrem Bereich gehören alle inneren Staatsangelegenheiten, aber sie kann sich ihrer nur in bestimmter Art und Weise, durch abstrakte und allgemein verbindliche Regelung bemächtigen. Der Einzelakt, die unmittelbare Handlung, wie der Befehl auf der einen, und das Urteil auf der anderen Seite, sind ihr verwehrt, ebenso aber auch die allgemein gefaßte Anweisung, die nicht allgemein verbindlich sein will, sondern nur als technisches Mittel für die Bedürfnisse des Handelns gedacht ist: die Dienstanweisung. Mit vollem Recht hat Wach[2]) den Gesetzgebern, die die „Sollvorschriften" in die Zivilprozeßordnung brachten, „starke Unklarheit" vorgeworfen. Die gesetzgebende Gewalt war schon damals nicht dazu berufen, wie sie es doch ganz offensichtlich mit diesen Sollvorschriften wollte, lediglich den Gerichten Dienstvorschriften zu erteilen, ohne die Vorschriften derart mit Allgemeingültigkeit auszustatten, daß auch für das Publikum Recht und Pflicht daraus folgte. Das drückt in unserem heutigen Staatsrecht Art. 102 RV. mit dem Satz „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen" aus. Unsere Erörterungen über den Gesetzesbegriff haben gezeigt, daß damit der Richter nicht dem Gesetzgeber, sondern allein dem Gesetz als allgemein verbindlicher, abstrakter Regel unterworfen sein soll.

Nachdem der Zweifel über den Bereich der gesetzgebenden Gewalt derart seine Lösung gefunden hat, daß diese Gewalt

[1]) Für den grundsätzlich von der Reichsverfassung verwandten Gesetzesbegriff paßt die Bezeichnung des materiellen Gesetzes nicht recht. Denn gegenständlich ist dieser Begriff gerade nicht, er bezeichnet vielmehr eine Art und Weise staatlicher Betätigung, eine staatliche Funktion. Man könnte daher, um auch den Unterschied zum formellen Gesetz deutlich zu machen, den Ausdruck „funktioneller Gesetzesbegriff" wählen.

[2]) Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, Bd. I, 1. Aufl., S. 298.

grundsätzlich die Zuständigkeit besitzt, die die Lehre von der Gewaltenteilung der Legislative zuweist, sind die Bedenken weggeräumt, die, wie anfangs ausgeführt ist, es allein noch hinderten, die Gewaltenunterscheidung Montesquieus als Grundsatz der Weimarer Verfassung anzuerkennen. Aus der Annahme dieses Grundsatzes ergibt sich auch, daß, wie der gesetzgebenden Gewalt die Funktion der Gesetzgebung, so ihrem politischen Partner, der Regierung (in der Reichspräsident und Reichsregierung umfassenden Bedeutung des Wortes), die entsprechende Funktion übertragen ist: die vollziehende Gewalt, mag auch eine verfassungsgesetzliche Bestimmung, die diese Übertragung ausdrücklich ausspricht, fehlen[1]). Es zeigt sich, daß, wenn ihr die Erledigung der auswärtigen Angelegenheiten, die Sorge für die Überwindung von Ausnahmezuständen, der Befehl über die Wehrmacht übertragen ist, sich darin nur ihr eigentliches Wesensprinzip ausdrückt: handelnde und führende Macht im Staate zu sein[2]). Das tritt auch in Artikel 56 in Erscheinung, dessen über seinen offenbar nächsten Zweck der Abgrenzung der Zuständigkeit von Reichskanzler und Reichsministern hinausgehende Bedeutung nun ebenfalls erkennbar wird.

[1]) Vgl. oben S. 99f.

[2]) Daraus ergibt sich auch die Lösung der alten Streitfrage über die Organisationsgewalt. Besondere einzelne Bestimmungen fehlen. Die Entscheidung folgt aus dem soeben entwickelten Grundsatz der Gewaltenunterscheidung. Aus der Pflicht der Exekutive zum Handeln folgt ihr Recht, sich die Organisation zu schaffen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe braucht — siehe Bilfinger, Reichssparkommissar, S. 15, Anm. 2 —, auch wenn dadurch die Interessen der einzelnen berührt werden. Es handelt sich dabei also um die bekannte Erscheinung des implied power, von dem die Amerikaner bei der Entwicklung ihrer Bundeskompetenzen so ausgiebigen Gebrauch gemacht haben und die auch im deutschen Reichsaufsichtsrecht wohl bekannt ist — siehe Triepel, Reichsaufsicht S. 108ff., 116ff., 121ff. Echte Rechte können dabei durch die vollziehende Gewalt weder begründet noch verletzt werden, weil solche sich nach dem von unserer Reichsverfassung angenommenen Rechtssatzbegriff nur auf allgemein verbindliche, unverbrüchliche Regeln gründen können. Solche vermag die vollziehende Gewalt aber gar nicht zu schaffen. Das Charakteristikum ihrer allgemeinen Anordnungen bleibt im Gegensatz zu den Gesetzen, den Rechtssätzen, gerade, daß sie stets durch entgegengesetzte Einzelanordnungen durchkreuzt werden können, auch wenn die allgemeine Anordnung noch bestehen bleibt. Natürlich ist es aber auch der gesetzgebenden Gewalt nicht verwehrt, Organisationsbestimmungen zu treffen, nur kann sie das dann immer lediglich in ihrer Weise, d. h. durch allgemein verbindliche, unverbrüchliche Gesetze tun.

Teil II.

Voraussetzung des Gleichgewichtes zwischen Exekutive und Legislative: Verneinung der Souveränität einer jeden der beiden Gewalten.

Begriffliche Vorbemerkung.

Souverän ist, wer ohne Bindung an irgendeinen Rechtssatz, selbst nicht an eine Verfassung, und daher mit unbegrenzter Zuständigkeit allgewaltig die nach seinem Ermessen richtigen existentiellen politischen Entscheidungen treffen kann[1]). Das entscheidende Merkmal ist der Mangel jeder Begrenzung der Macht des Souveräns durch das irdische Recht. Hierauf lassen sich alle übrigen von Bodin angegebenen Begriffsmerkmale der Souveränität[2]) zurückführen. Daß eine derartige Macht die „höchste" sein muß, leuchtet sofort ein, wenn man bedenkt, daß sie allein als völlig ungebundene Gewalt die grundlegenden politischen Entscheidungen treffen kann, die höchste Richtschnur für alle begrenzten Gewalten sein müssen, und daß die Ableitung der Macht dieser eingeschränkten Gewalten zuletzt stets nur aus der uneingeschränkten Gewalt erfolgen kann[3]). Die mangelnde zeitliche Begrenzung, die Dauer also, die grenzenlose Zuständigkeit, der Fortfall jeder Bindung an einen „Auftrag", alles das ergibt sich aus dem Mangel jeder rechtlichen Bindung von selbst.

---

[1]) Siehe Bodin, Six livres de la République I, c. 8 und C. Schmitt, Diktatur passim, z. B. S. 133, 27ff.; derselbe, Verfassungslehre S. 273.

[2]) Bodin a. a. O. I, c. 8; siehe auch Hancke, Bodin, Eine Studie über den Begriff der Souveränität S. 8ff.; Dock, Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Großen S. 5ff.

[3]) Nur insofern kann der Ausdruck „höchste Gewalt" irreführend sein, als er dazu verleitet, Gleichartigkeit dieser Gewalt mit den übrigen staatlichen Gewalten anzunehmen und den Unterschied nur in der größeren Fülle der Macht zu sehen. In Wahrheit handelt es sich hier aber gegenüber den Gewalten mit begrenzter rechtlicher Zuständigkeit um ein aliud.

Kapitel 3.

Souveränität der Legislative?

§ 6. Die Frage der Souveränität der gesetzgebenden Gewalt im allgemeinen.

I. Die Fragestellung.

Eine Verfassung kann festsetzen, daß sie gegenüber einer bestimmten Person oder einer bestimmten Personengruppe nicht gilt, die dadurch souverän bleibt. Die Verfassung ist allerdings dann nur ein Provisorium[1]). Ein historisches Beispiel liefert die französische Charte vom 4. Juni 1814 mit Bezug auf den französischen König, jedenfalls, wenn man der Auslegung ihres Art. 14 durch die königliche Regierung und die Royalisten folgt[2]).

Es fragt sich, ob die Weimarer Verfassung einen gleichartigen Verzicht gegenüber der nach Art. 76 verfahrenden Legislative ausgesprochen hat.

Nach der, wie man immer noch sagen kann, herrschenden Meinung in der deutschen Staatsrechtslehre[3]) besitzt die nach Art. 76 verfahrende Legislative grenzenlose Zuständigkeit, ist sie frei von allen rechtlichen Schranken[4]), also souverän. Ist diese Ansicht richtig, so kann die Weimarer Verfassung den Grundsatz der Gewaltenteilung nicht angenommen haben. Es ist widerspruchsvoll, die Herrschaft dieses Grundsatzes in der heutigen deutschen Verfassung anzuerkennen[5]), und die grenzenlose Zuständigkeit des gemäß Art. 76 verfahrenden Gesetzgebers

---

[1]) Siehe C. Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 1, S. 84.

[2]) Siehe oben S. 57f. und C. Schmitt, Diktatur, S. 193ff.

[3]) Siehe Anschütz, Reichsverfassung, 11. Aufl., Ziff. 3 zu Art. 76, S. 349ff.; Thoma im: Handbuch des Deutschen Staatsrechtes, Bd. I, S. 193f., Bd. II, S. 154; K. Loewenstein, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, S. VII (Vorwort).

[4]) Thoma kennt allerdings zwei Schranken: das Verbot der Willkür (siehe Thoma in: Grundrechte und Grundpflichten bei Nipperdey, Bd. I, S. 38ff. und im Handbuch des deutschen Staatsrechtes, Bd. II, S. 140) und die Gebote des Völkerrechtes (im Handbuch des deutschen Staatsrechtes, Bd. II, S. 144).

[5]) So Anschütz in seinen „staatsrechtlichen Betrachtungen zum Volksbegehren" in der Frankfurter Zeitung vom 13. November 1929.

zu behaupten[1]), zumal wenn noch ausdrücklich — mit vollem Recht — hervorgehoben wird, daß der Gesetzgeber, der nach Art. 76 vorgeht, mit dem gewöhnlichen Gesetzgeber identisch ist, nicht etwa dadurch zum Träger des pouvoir constituant wird[2]). Einer allmächtigen Legislative kann nie das Gleichgewicht gehalten werden, wie ja auch die Gewaltenunterscheidung bei Annahme einer grenzenlosen Zuständigkeit der gesetzgebenden Gewalt hinfällig wird. Das ganze, fein aufeinander abgestimmte System gegenseitiger Begrenzungen, Hemmungen, Gewichte und Gegengewichte wird sinnlos, wenn die nach Art. 76 verfahrende Legislative als absolute Gewalt ständig schrankenlos dazwischengreifen kann.

Der herrschenden Meinung ist allerdings nachdrücklich widersprochen worden[3]).

Für sich betrachtet gibt die Weimarer Verfassung keine Lösung der Streitfrage. Der Wortlaut des grundlegenden Satzes 1 des Art. 76 RV. „Die Verfassung kann im Wege der Gesetzgebung geändert werden", spricht eher gegen die Annahme unbeschränkter Zuständigkeit der gesetzgebenden Gewalt[4]). Doch auf den Wortlaut allein kann man die Entscheidung der Frage nicht stellen. Ebensowenig geben die Motive eine genügende Auslegungsgrundlage, zumal sie sich hier widersprechen[5]).

Die Verfassung verweist also auch hier einmal wieder, wie so oft, auf die ihr zugrunde liegenden konstitutionellen Grundsätze, den sogenannten Konstitutionalismus. Entscheidend ist dabei, ob nach ihnen, wie Anschütz[6]) es ausgedrückt hat, die Verfassung zur Disposition der Legislative steht.

---

[1]) Anschütz, Reichsverfassung, 11. Aufl., Nr. 3 zu Art. 76, S. 349ff.

[2]) Reichsverfassung, 11. Aufl., Nr. 1 zu Art. 76, S. 348.

[3]) Siehe Triepel, Deutsche Juristenzeitung, Bd. 31 (1926), S. 849f.; Bilfinger, Verfassungsumgehung im Archiv des öffentlichen Rechts, N. F. Bd. 11, S. 163ff., S. 181; derselbe, Reichssparkommissar, S. 16—18; derselbe, Nationale Demokratie als Grundlage der Weimarer Verfassung, Hallesche Verfassungsrede 1929, S. 12ff.; C. Schmitt, Verfassungslehre S. 11ff., 18ff., 20ff., 102ff.

[4]) Vgl. Bilfinger, Reichssparkommissar, S. 17.

[5]) Vgl. die bei Anschütz, Reichsverfassung, 11. Aufl., S. 350, Anm. 1 zitierten Äußerungen Kochs und die von Bilfinger, Verfassungsfrage und Staatsgerichtshof in Zeitschr. f. Politik 1930, S. 85 angeführten Worte des Präsidenten des Reichsministeriums Bauer.

[6]) Reichsverfassung, 11. Aufl., S. 351 unten f.

Unter dem „Konstitutionalismus" können nur die grundlegenden Verfassungsideen verstanden werden, die von Verfassung zu Verfassung auf uns überkommen sind, von jener Verfassung an, die wenigstens hinsichtlich der organisatorischen Bestimmungen, auf die es hier ankommt, für unseren Kontinent die Ursprungsverfassung ist: die französische Konstitution von 1791. In ihren organisatorischen Bestimmungen aber haben sich, wie wir wissen[1]), die beiden Gedankenströme der Lehre der Gewaltenteilung, wie ihr großer Propagandist Montesquieu sie darstellte, und der Volkssouveränität, wie sie Rousseau predigte, vereinigt, jedoch nicht unmittelbar — das wäre unmöglich gewesen —, sondern in der Form, in die sie die dialektische Kraft des Abbé Sieyès zusammenzwang.

Will man also wissen, welche Stellung der kontinentale Konstitutionalismus zu einer organisatorischen Frage einnimmt, so muß man die Antwort bei Montesquieu und Rousseau suchen, darf dabei aber nicht die Veränderung übersehen, die Sieyès' Verarbeitung mit sich gebracht hat.

II. Exkurs: Stellungnahme des „Konstitutionalismus" zur Frage der Souveränität der gesetzgebenden Gewalt.

1. Montesquieu.

Bei Montesquieu taucht die Frage nach der verfassunggebenden Gewalt noch nicht auf. Er hat sich, wie Loewenstein sagt[2]), über das organisatorische Prinzip, das der funktionellen Verteilung der Gewalten zugrunde lag, nicht ausgesprochen. Der Legislative hat er, wie wir sahen, als ihre gleichsam natürliche Kompetenz die allgemeine Anordnung zugewiesen und der Exekutive den Einzelakt. Aber es ist nicht völlig sicher, ob er sich seine Verfassung als unbedingt starre dachte, oder ob nicht bereits auch ihm schon der Gedanke gekommen ist, daß die Legislative grundsätzlich die Möglichkeit hat, ihre materiellen Zuständigkeitsgrenzen zu überschreiten. Der Zweifel entsteht durch die Stelle, in der das absolute Veto des Königs als das

[1]) Siehe Redslob, Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789, z. B. S. 224; Egon Zweig, Lehre vom pouvoir constituant und K. Loewenstein, Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung siehe z. B. dieses Werk S. 12f.

[2]) Volk und Parlament, S. 12f.; siehe auch S. 281f., 289ff.

einzige Mittel gepriesen wird, ein Verschlingen der Exekutive durch die Legislative zu verhüten. Man braucht darin allerdings nicht notwendig die Meinung ausgedrückt zu finden, daß die Legislative den Umfang ihrer Zuständigkeit souverän festsetze, sondern kann glauben, Montesquieu habe hier an die Leichtigkeit gedacht, mit der eine Staatsaktion in die Form des Allgemeinen gebracht und so die Kompetenz der Legislative erweitert werden kann. Die letzte Erklärung erscheint an und für sich etwas gezwungen, aber sie entspricht doch wohl dem System Montesquieus am meisten. Immerhin, eine klare Antwort wird hier fraglos nicht gegeben[1]).

2. Rousseau.

Auch für Rousseau ist Gesetz nur der allgemeine Wille, die volonté générale. Genauer bedeutet dieser allgemeine Wille ihm den auf das allgemeine Interesse gerichteten und über ein allgemeines Objekt Bestimmung treffenden Willen der Allgemeinheit[2]). Nur das Volk, das allein die Allgemeinheit ist, vermag ihn zu besitzen, es ist der einzig mögliche Inhaber der gesetzgebenden Gewalt[3]). Als Gesetzgeber ist das Volk der Souverän[4]). Nun büßt es zwar diese Eigenschaft in demselben Augenblick ein, in dem es einen Einzelakt vornimmt. Denn die volonté générale verliert, wenn sie sich auf ein Einzelobjekt

[1]) Wie wenig Montesquieu die Bedeutung der ganzen Frage klar geworden ist, ergibt sich sofort, wenn man sich überlegt, wie nach ihm, wenn wirklich zur Gesetzgebung nicht nur die Änderung von verfassungsgesetzlichen Einzelbestimmungen, sondern auch die Umwälzung der Verfassung gehört hätte, die verfassunggebende Gewalt wegen des absoluten Veto des Monarchen in den Händen der Legislative und des Monarchen gelegen hätte. Das wäre natürlich eine unmögliche Lösung gewesen. — So viel aber kann man danach jedenfalls sicherlich sagen: Ein Anhänger der Volkssouveränität war Montesquieu nicht. Die gegenteilige Ansicht kann jetzt wohl auch als im großen und ganzen überwunden gelten. Sie findet sich noch bei von Gierke, Althusius, 3. Aufl., S. 187, Anm. 186, ist aber von G. Jellinek — auf den Widerspruch Hasbachs in der Zeitschr. f. Sozialwissenschaft 1911, S. 13ff. — in der letzten von ihm besorgten Auflage seiner Allgemeinen Staatslehre aufgegeben worden, siehe S. 466, Anm. 1.

[2]) Du contrat social 1, 2, ch. 6; ch. 3.

[3]) Siehe 1. 3, ch. 12; Rousseau kennt zwar noch einzelne, nämlich Weise, Älteste als „Gesetzgeber", sie haben aber in Wahrheit nur Gesetzesvorschlagsrecht. Die gesetzgeberische Entscheidung steht allein dem Volke zu; siehe 1. 22, ch. 7. [4]) 1, 6 am Ende; 1, 7.

richtet, ihren Charakter und wird zur bloßen volonté de tous[1]). Aber nur als Souverän „als solcher" kann das Volk „die Exekutivgewalt nicht besitzen", da diese „nur durch Einzelhandlungen wirkt[2])", nicht ist es ihm überhaupt verwehrt, auch Einzelakte auszuüben. Nur ist es dann eben nicht Souverän, sondern Magistrat[3]). Rousseau wünscht zwar nicht, daß im Volk Legislativ- und Exekutivgewalt vereint sei, weil er ebenso wie Montesquieu fürchtet, die gesetzgebende Gewalt werde dadurch verdorben[4]), doch hält er solche Vereinigung nicht für rechtlich unmöglich. Das geht aus seinen Ausführungen im 17. Kapitel des 3. Buches unzweifelhaft hervor. Das Volk als Souverän, als Gesetzgeber, kann in allgemeiner Weise durch Gesetz sich selbst als Magistrat Einzelakte anvertrauen. In diesem 17. Kapitel spricht Rousseau allerdings nur vom Volk als Verfassungsgesetzgeber, denn das, was Rousseau Einsetzung der Regierung nennt, ist das, was wir als Verfassungsschöpfung bezeichnen[5]). Es ist entscheidend, daß Rousseau diesen Verfassungsgesetzgeber noch in keiner Weise vom gewöhnlichen Gesetzgeber trennt[6]). Das hat zur Folge, daß der Gesetzgeber in Wirklichkeit unbegrenzte Zuständigkeit erhält. Denn es kann eben stets das Volk in dieser Rolle sich als Behörde auch alle Kompetenzen der Exekutive beilegen. Theoretisch bleibt der Satz dabei zwar immer gewahrt, daß der Gesetzgeber als solcher nicht auch zu Einzelakten zuständig sein könne, aber praktisch kommt es doch nur darauf an, daß das Volk auf dem beschriebenen Wege in Wahrheit souverän den Umkreis seiner Aktion bestimmt. Und praktisch ist es dann auch von keiner Bedeutung mehr, wenn hieraus, eben weil nur das Volk Gesetzgeber sein kann, der theoretische Irrtum entsteht, daß der Gesetzgeber diese souveräne Bestimmung seines Reiches vornimmt.

[1]) Beides scheidet Rousseau scharf 2, 3; wir sahen ja eben, daß die Allgemeinheit des wollenden Subjekts nur ein Wesensmerkmal der volonté générale ist. [2]) 3, 16. [3]) 2, 6. [4]) 3, 4.

[5]) Der Grundvertrag, der contrat social, bedeutet ja, wenn man ihn nicht wie R. Stammler — siehe Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge, Bd. I, S. 378 — auf Grund der Bemerkung Rousseaus zu Beginn seines Werkes (1, 1) — überhaupt lediglich als rechtfertigende Idee der Staatsgewalt, des Souveräns, ansehen will, nur den Entschluß zur politischen Einheit, doch nicht die grundlegende Entscheidung über die Art der politischen Einheit.

[6]) Vgl. die vorige Anmerkung und zum Verhältnis von Grundvertrag und Gesetz schlechthin den Beginn von 2, 6 sowie 3, 18.

Aber die Gedanken Rousseaus sind gerade in diesem Punkt vom Konstitutionalismus nicht akzeptiert worden und konnten daher auch nicht als eine seiner Grundideen übernommen werden.

3. Sieyès.

Denn hier griff Sieyès umformend ein. Er trennte die verfassunggründende von den gegründeten Gewalten[1])[2]) und erkannte, daß, wenn einmal der soziale Zustand überhaupt eine Verfassung forderte[3]), sollte diese nicht ein leeres Wort sein, alle öffentliche Gewalt, nicht nur die vollziehende, sondern auch die gesetzgebende, soweit sie nicht Verfassungsgebung selbst war, beschränkte Gewalt sein müsse[4]). Ihm war klar, daß die Verfassung den großen Damm darstelle, jenseits dessen nur der allerdings, wie er scharf sah, notwendig völlig grenzenlose, an gar keine Form gebundene und in nichts, auch nicht wie bei Rousseau in der Vernunft, sondern allein in sich selbst gegründete absolute Wille des stets im Naturzustand befindlichen Souveräns, der Nation, verfassunggründend wie verfassungvernichtend und neu schaffend sich betätigte[5]), diesseits dessen es aber nur rechtlich bestimmte und das heißt begrenzte[6]) Gewalten gab.

In dieser Form akzeptierte die Nationalversammlung von 1789 Rousseaus Lehre von der Volkssouveränität, und so wurde es ihr erst möglich, die Gewaltenteilung in ihr System aufzunehmen und damit überhaupt nach ihrer eigenen, bereits oben erwähnten Erklärung im Artikel 16 der Menschenrechte eine Verfassung zu schaffen, obwohl sie Montesquieus absolutes Veto nicht annahm[7]). Trotzdem wurde nunmehr die Exekutive nicht

---

[1]) Siehe Politische Schriften vom deutschen Übersetzer, Bd. I, S. 129ff., besonders 133, 447ff.; siehe auch Bd. I, S. 517ff.; Bd. II, S. 381.

[2]) Eine erste (siehe Klimowsky, Engl. Gewaltenteilungslehre bis zu Montesquieu, S. 37) Scheidung von pouvoir constituant und pouvoir constitué findet sich bei Locke, 2. Abhandlung über Regierung, § 141.

[3]) Da die in der Nation Verbundenen zu zahlreich, auf einer zu weit ausgedehnten Oberfläche ausgebreitet und allzusehr mit privaten Aufgaben überlastet sind, als daß sie nicht einen Teil von sich als Staatsregierung im weitesten Sinne konstituieren müßten. Siehe Politische Schriften, Bd. I, S. 129f.

[4]) Politische Schriften, Bd. I, S. 517f.

[5]) Politische Schriften, Bd. I, S. 135f.

[6]) Politische Schriften, Bd. I, S. 139.

[7]) Siehe dazu Sieyès, Politische Schriften, Bd. I, S. 517f.

notwendig von der Legislative verschlungen, weil der Zweifel, den Montesquieu noch ließ, ob die Legislative grundsätzlich begrenzt sei und ob sie nicht selbst die rechtliche Möglichkeit als oberste Gewalt habe, diese Grenzen zu überschreiten, zugunsten einer vom pouvoir constitutant, vom Souverän, gezogenen und daher unverletzlichen Begrenzung entschieden war[1]). Wie diese Grenze verlief, darüber bestand ja bei der damaligen Verfassungstheorie kein Zweifel. Montesquieu wie Rousseau wurde sie durch ihren Gesetzesbegriff, den allgemeinen, im Gegensatz zum einzelnen Willen bestimmt. Das Reich der Legislative, das des allgemeinen, allverbindlichen und unverbrüchlichen Willens, war damit abgegrenzt von dem des Einzelakts, Befehl wie Urteil, den Bereichen der Exekutive und der rechtsprechenden Gewalt. Daran etwas zu ändern, hatte weder Sieyès noch die Nationalversammlung Anlaß. So gehört denn zu den konstitutionellen Grundsätzen, auf die uns das Schweigen der Weimarer Verfassung verweist, die Idee einer begrenzten, nicht die einer souveränen Legislative[2]).

III. Art der Begrenzung der nach Artikel 76 verfahrenden Legislative.

Die Art der Begrenzung liegt darin, daß die gemäß Artikel 76 Weimarer Verfassung vorgehende gesetzgebende Gewalt auf den Erlaß, die Abänderung oder Aufhebung von Verfassungsgesetzen beschränkt ist. Wenn man fragt, welche verfassungs-

[1]) Die Nationalversammlung schied ausdrücklich die Veränderung der gesamten Verfassung, die sie als Sache allein des unorganisierten und unorganisierbaren pouvoir constituant, der Nation, bezeichnete, von der Abänderung einiger Verfassungsartikel, die sie als beschränkte Legislativzuständigkeit organisierte, die nur unter besonderen Formen ausgeübt werden konnte. (Drei hintereinanderfolgende Legislativen mußten ihre Revisionsnotwendigkeit bejahen. Das dritte Parlament berief sodann die Revisionskammer ein, die eine verstärkte normale Legislative war.) Siehe tit. 7 der Verfassung vom 3. September 1791 und Loewenstein, Volk und Parlament, S. 370ff.; Zweig, Lehre vom pouvoir constituant, S. 505ff.

[2]) Hiermit ist versucht worden, einen Beitrag zur ideengeschichtlichen Begründung der Lehre von der Begrenzung der nach Art. 76 verfahrenden Legislative zu liefern, die Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, S. 154, vermißt.

gesetzlichen Bestimmungen denn nun für den Verfassungsgesetzgeber unantastbar sein sollen, so ist zu erwidern: gar keine. Nur darf er nicht die Verfassungsgrundsätze verletzen. Damit ist eine klare Abgrenzung gegeben. Ganz deutlich und schon äußerlich unterscheidet sich das Gesetz vom Grundsatz dadurch, daß es an einen Tatbestand Rechtsfolgen anknüpft, während der Grundsatz die Richtlinie ist, nach der das Gesetz diese Verknüpfungen vornimmt. Das Gesetz ist so erkennbar der Diener, der den Grundsatz auf solche Weise in die soziale Wirklichkeit umsetzt, indem er diese nach der leitenden Idee, die den Grundsatz ausmacht, in bestimmter Weise formt.

Die Verfassungsgrundsätze, die konstituierenden Elemente einer jeden Verfassung, zu bestimmen, kann nicht Aufgabe irgendeiner konstituierten Gewalt wie der gesetzgebenden sein[1]), die vielmehr ja gerade auf ihrer Bestimmung, als der Konstitution, beruht. Sie festzulegen ist Sache allein der konstituierenden Gewalt, des pouvoir constituant. Man kann nicht sagen, daß

[1]) Man kann als Gegenbeispiel nicht England anführen, wie das F. Hartung in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 87, Verfassungslehre S. 225ff. (zitiert bei Bilfinger, Verfassungsfrage und Staatsgerichtshof in Zeitschrift für Politik 1930, S. 86/87, Anm. 7) tut, dessen Einstellung als Historiker allerdings unjuristisch ist. Das englische Parlament nimmt nämlich Änderungen der Verfassungsgrundsätze nur nach vorheriger Neuwahl vor, das heißt aber, wenn es sich nicht als gewöhnliche Legislative zu fühlen braucht, sondern sich als Ausschuß des pouvoir constituant, der englischen Nation, betrachten kann. So wurde die Minderung der Stellung des Oberhauses im Jahre 1911 durch ein Parlament durchgeführt, das im Dezember 1910 in allererster Linie wegen dieser Verfassungsänderung und außerdem noch wegen der Fragen von Referendum und Homorule gewählt war, obwohl erst im Juni 1910 Parlamentswahlen stattgefunden hatten (siehe Lawrence-Lowell, Die englische Verfassung, Bd. I, S. 404f.). Schon zu Anfang des Jahrhunderts hatte man dem 1900 auf die Wahlparole des Südafrikanischen Krieges gewählten Parlament die Berechtigung bestritten, Maßnahmen von großer Bedeutung auf anderem Gebiet zu treffen und hatte behauptet, daß hierzu ein neuer Auftrag der Nation durch eine allgemeine Wahl hätte eingeholt werden müssen (siehe Lowell a. a. O. Bd. I, S. 8f.). So konnte Lowell 1913 zusammenfassend sagen (a. a. O. Bd. I, S. 4): „Es wächst das Empfinden, daß keine grundlegende oder weitreichende Änderung vorgenommen werden darf, bis das Parlament durch eine allgemeine hierüber ausgefochtene Wahl von der Nation das Mandat empfangen hat, diesen Wechsel vorzunehmen. Eine derartige Doktrin berührt das Gesetz nicht, aber es berührt jenes Gewohnheitsrecht, das ein ebenso wesentlicher Teil der britischen Verfassung ist."

es diese Gewalt für uns nicht gäbe, weil unsere Verfassung sie nicht konstituiert habe[1]). Das hieße etwas Unmögliches, einen Widersinn, eine contradictio in adjecto, verlangen. Denn das Wesen des pouvoir constituant besteht ja gerade darin, nicht konstituiert zu sein. Ein Verfassungstext kann nur von ihm und seinem Träger berichten, wie es der der Weimarer Verfassung im Art. 1, Abs. 2 tut, doch selbst, wenn er den pouvoir constituant verleugnete, so würde das für diese Gewalt gleichgültig sein. Sie würde dennoch existieren, einfach, weil sie in die Kategorie des Seins gehört. Sie ist, ob das nun ein Verfassungstext oder Verfassungsgesetze ableugnen oder nicht, beide können nur leere Proteste gegen sie erheben, denn der pouvoir constituant ist ewig und notwendig im Naturzustande, und das Recht beginnt erst jenseits seiner oder kann jedenfalls beginnen, wenn nämlich der pouvoir constituant die geschaffene Verfassung als Regel respektiert, sie nicht ständig durchbricht.

§ 7. Souveränität des Volks als Gesetzgeber?

Wenn so auch die Frage der Souveränität der gesetzgebenden Gewalt grundsätzlich zu verneinen ist, so ist doch zweifelhaft, ob eine Begrenzung der gesetzgebenden Gewalt in der auf der Volkssouveränität beruhende Weimarer Verfassung auch für das Volk als Gesetzgeber denkbar ist, oder ob nicht das Volk auch in solchem Falle, also auch innerhalb der Verfassung souverän bleibt.

Das Volk ist die letzte Instanz, die bei Konflikten der unmittelbaren Reichsorgane, Reichstag, Reichspräsident und Reichsrat entscheidet, es kann den Reichspräsidenten absetzen und hat den vom Reichspräsidenten aufgelösten Reichstag zu wählen.

Daraus folgt jedoch nicht, daß das Volk innerhalb der Verfassung oberste Verfassungsgewalt ist[2]). Daß das Volk nicht Vorgesetzter der übrigen Verfassungsgewalten ist, bedarf keiner Erörterung. Aber es ist auch nicht oberstes Organ in dem von G. Jellinek entwickelten Sinne eines unmittelbaren Staatsorgans mit oberster Entscheidungsgewalt[3]). Das Volk hat

[1]) So Anschütz, Reichsverfassung, 11. Aufl., Nr. 1 zu Art. 76, S. 348.

[2]) Anderer Ansicht Jacobi, Reichsverfassungsänderung in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. I, S. 233ff., S. 254.

[3]) Allgemeine Staatslehre, S. 554.

nämlich in all den im vorigen Absatz erwähnten Fragen die Entscheidung überhaupt nicht in seinen Händen, das will sagen, sie hängt nicht etwa notwendig von ihm ab. Denn, wenn auch das Volk über Konflikte von Reichstag, Reichspräsident und Reichsrat entscheidet, so ist doch stets unumgängliche Voraussetzung dafür ein Anstoß durch eines dieser Organe. Das Volk kann also, wenn die anderen Organe sich dahin entscheiden, völlig ausgeschaltet weren. Das ist ein deutliches Zeichen dafür, daß die höchste Entscheidungsgewalt nicht notwendig beim Volk ruht. Ein Organ, das gänzlich übergangen werden kann, hat nicht die Stellung eines obersten Organs im Staate. Doch ganz davon abgesehen, kann jedenfalls nach dem bisher Ausgeführten von einer Souveränität des Volks innerhalb der Verfassung, das heißt also auch als Gesetzgeber, keine Rede sein. Denn es wäre ja dann ein an ganz bestimmte Regeln gebundener Souverän: Eine contradictio in adjecto! Nein, für sein Wirken innerhalb der Verfassung ist auch das Volk auf das, was ihm das Verfassungsgesetz zuweist, beschränkt und darauf, wie das Grundgesetz es zuweist. Das Volk hat in der Tat nur verfassungsgesetzliche Befugnisse wie der Reichstag auch[1]). Wenn das Volk die ihm durch die Verfassung zugewiesenen Befugnisse ausübt, so liegt darin ja schon, daß es in diesem Fall als pouvoir constitué handelt, es übt eben alsdann die Staatsgewalt in Reichsangelegenheiten auf Grund der Reichsverfassung aus, und es steht insoweit, mag man es auch bei den Verfassungsberatungen unter den Reichsorganen des Art. 5 nicht mitbegriffen haben[2]), was diesen Punkt angeht, den Reichsorganen im Art. 5 gleich[3]).

---

[1]) So C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 98.

[2]) Jacobi a. a. O. S. 252ff. unter IV.

[3]) Daraus folgt auch die Unrichtigkeit der Ansicht, daß für die Zuständigkeit der Legislative eine Vermutung streite, da sie dem „Souverän" näher stehe als die Exekutive. (So Heller, Begriff des Gesetzes in Veröffentlichungen des Vereins deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 4, S. 122 und 123. Heller gehört zur Gruppe der Verfechter der monistischen Gesetzestheorie; Leibholz, Wesen der Repräsentation, S. 61, Anm. 2 folgt ihm der Sache nach. — Man erinnert sich dabei wohl des Satzes Rousseaus: „Le souverain n'ayant d'autre force que la puissance législative, n'agit que par des lois" — Du contrat social 3, 12.) Legislative und Exekutive stehen aber dem Souverän in Wahrheit gleich nah und fern. Denn Souverän ist nicht etwa das Volk, das die Legislative wählt und die Exekutive nicht wählt — übrigens ist das für den Reichspräsidenten der Weimarer Verfassung unzutreffend — oder das mit der (außerordent-

Überall, wo das Volk auf Grund der Reichsverfassung handelt, auch wenn es die Verfassungsgesetze auf Grund des Art. 76 ändert, ist es nicht souverän und die aus der irrtümlichen Annahme seiner Souveränität von Jacobi gerade für den Fall der Verfassungsänderung gezogenen Folgerungen[1]) sind daher abzulehnen. Geht das Volk bei dieser Gesetzgebung über den Rahmen der Änderung der Verfassungsgesetze hinaus, indem es die Verfassung in ihren Grundlagen umstürzt, so mag es dabei in seiner im Art. 1, Abs. 2 RV. deklarierten Eigenschaft als pouvoir constituant auftreten, in der es ja an keine Form gebunden ist, also auch die des Art. 76 benutzen kann, aber es ist Widersinn zu behaupten, es habe dann noch auf Grund der Verfassung als pouvoir constitué gehandelt, während es in Wahrheit mit seinem Vorgehen aus dem Rahmen der bisherigen Rechtsordnung überhaupt heraustrat.

Solange aber die Verfassung gilt, ist durch sie die große Umschaltung bewirkt aus dem Zustand grenzenloser Allgewalt des Souveräns in einen solchen der rechtlich abgemessenen und zugeteilten Staatsgewalt. Darum ist für unser Empfinden ja eben die Sowjetverfassung gar keine Verfassung im eigentlichen Sinne der großen Schutzwehr unserer Freiheit, weil die Allmacht des Proletariats trotz der Verfassung noch immer schrankenlos dazwischengreifen kann. Wir kennen einen Souverän nur im Feld des pouvoir constituant. Daß die pouvoirs constitués und unter ihnen die gesetzgebende Gewalt nicht nur der ordentlichen Legislative, sondern auch des Volks grundsätzlich begrenzt und nicht Inhaber prinzipiell schrankenloser Zuständigkeit sind, diese Grundidee des Konstitutionalismus übernahm auch die Reichsverfassung uneingeschränkt.

Kapitel 4.

§ 8. Souveränität der Exekutive?

Der Gedanke an eine Souveränität der Exekutive kann im Hinblick auf die durch Art. 48, Abs. 2 Weimarer Verfassung dem Reichspräsidenten verliehene Machtfülle auftauchen[2]).

---

lichen) Legislative identisch ist, sondern lediglich das Volk als der Träger des pouvoir constituant, von dem beide, Legislative — ordentliche wie außerordentliche — und Exekutive, „gleich nah und gleich fern" ihre Befugnisse ableiten.

[1]) Jacobi a. a. O. S. 257f.

[2]) Mit Bezug auf das Auflösungsrecht siehe unten S. 177 Anm.

Wie sahen bereits, daß für den Reichspräsidenten als Diktator der Grundsatz der Gewaltenunterscheidung nicht mehr gilt. Wenn man sich dann weiter daran erinnert, daß der Reichspräsident alle nach seinem Ermessen notwendigen Maßnahmen ohne Rücksicht auf entgegenstehende gesetzliche Bestimmungen treffen kann, so ist die Annahme, er sei „legibus solutus", nicht völlig abwegig.

Aber diese Ansicht trifft doch nicht zu. Denn, wie man auch im einzelnen die Grenzen der Befugnisse des Reichspräsidenten ziehen mag[1]), so ist doch jedenfalls soviel unstreitig, daß Grenzen bestehen, vor allem daß der Reichspräsident als Diktator zum Schutz der bestehenden Verfassung berufen ist und daher jedenfalls ihre grundlegenden Bestimmungen achten muß[2]).

Die Weimarer Verfassung hat nicht daran gedacht, durch Art. 48, Abs. 2 eine Allgewalt der Exekutive zu begründen. Im Gegenteil, kaum irgendwo zeigt sich so deutlich wie hier, in welchem Maße die Verfassung von dem Gedanken des Gewaltengleichgewichts beherrscht ist, der ein so wesentliches Element des Grundsatzes der Gewaltenteilung ausmacht. Ganz abgesehen von der Hemmung der Macht des Diktators, die in der Notwendigkeit der Gegenzeichnung seiner Maßnahmen durch die parlamentarische Regierung liegt, tritt die Absicht, außerdem geradezu ein Gegengewicht zu schaffen, deutlich in der Bestimmung des Art. 48, Abs. 3 hervor, nach der der Reichstag das Recht hat, die Außerkraftsetzung der Maßnahmen des Reichspräsidenten — von denen der Reichstag unverzüglich in Kenntnis gesetzt werden muß — zu verlangen. Allerdings ist dieses Recht bei gleichzeitiger Reichstagsauflösung oder Vertagung[3]) befristet unpraktisch, da man dem Überwachungsausschuß des Art. 35, Abs. 2 das Recht, die Außerkraftsetzung zu verlangen, nicht wird zusprechen können, weil er lediglich die politische Entscheidung des Plenums vorbereiten soll.

[1]) Auf die hierüber bestehenden Streitfragen einzugehen, besteht in diesem Zusammenhang keine Veranlassung.

[2]) Siehe z. B. einerseits C. Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 1, S. 63ff., besonders S. 91ff. und andererseits Grau, Die Diktatur des Reichspräsidenten im Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, S. 281f.

[3]) Auch der „unechten" Vertagung.

Lebenslauf.

Am 13. Dezember 1899 bin ich in Wittenberge (Kreis Westprignitz) als Sohn des damaligen Spezialkommissars Regierungsassessor Weidner geboren.

Von 1909 bis 1918 besuchte ich die humanistischen Gymnasien in Greifswald, Kiel und Halle. In Halle legte ich am 3. Juni 1918 die Reifeprüfung ab. Vom 1. Juli bis 14. November 1918 war ich im vaterländischen Hilfsdienst beschäftigt. Vom Wintersemester 1918/19 bis zum Wintersemester 1921/22 studierte ich auf den Universitäten Halle und Tübingen vor allem Rechts- und Staatswissenschaften, hörte aber auch philosophische Vorlesungen und Übungen.

Am 8. Juli 1922 bestand ich die erste juristische Prüfung. Am 15. Mai 1925 trat ich am Amtsgericht Halle meinen Dienst als Referendar an. Am 11. Juni 1929 bestand ich die große juristische Staatsprüfung. Danach verwaltete ich als Hilfsrichter Kommissorien an dem Landgericht Stendal und den Amtsgerichten Delitzsch und Halle.

Seit November 1930 bin ich als Assistent an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Vereinigten Universität Halle-Wittenberg tätig. Am 9. Februar 1931 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

Ich versichere, daß die vorgelegte Dissertation von mir selbständig und nur unter Benutzung des angeführten Schrifttums angefertigt ist, und daß die Dissertation einer anderen Fakultät bisher nicht vorgelegen hat.

Halle, den 14. September 1931.

Weidner,
Gerichtsassessor.